Inhaltsverzeichnis

1 Vorwort – Achtung, Randnummern ändern sich laufend!.....5
2 Anwaltsrecht.....5
2.1 Wirksamkeit des Mandates.....6
2.2 Anwaltliche Grundpflichten; Sorgfalts-, Hinweis- und Beratungspflicht.....6
2.3 Anwaltliche Loyalität.....8
2.4 Anwaltliche Pflichten im Innenverhältnis – Auskünfte, Einsichten, Handakten.....12
2.5 Anwaltswechsel.....17
2.6 Schadenersatz aus anwaltlicher Pflichtverletzung.....17
2.7 Die Beweislast von Pflichtverletzungen aus dem Anwaltsvertrag.....18
2.8 Anwaltszwang und seine Grenzen im Strafrecht - der Pflichtverteidiger.....19
2.9 Anwaltszwang und seine Grenzen - ansonsten.....20
2.10 Beiordnung eines Rechtsanwaltes.....20
3 Äußerungsrecht.....21
3.1 Äußerungsrecht über identifizierbare Personen, z. B. Straftäter oder Rechtsanwälte.....21
3.2 Äußerungsrechtliche Schutzansprüche.....25
3.3 Maßstab des Erlaubten (oder: wo die Schmähkritik anfängt).....26
3.4 Gegendarstellung.....29
3.5 Prozessuales.....29
4 Betreuungs- und Vertretungsrecht.....30
4.1 Betreuungsverfahren.....30
4.2 Betreuer-, Notar- und Vertretungsrecht.....32
4.3 Vergütungsansprüche vom und Regressansprüche gegen den Betreuer.....35
4.4 Zwangseinweisung.....35
4.5 Begriffliches zur Unterbringung.....36
4.6 Einwilligung in die Unterbringung.....37
4.7 Voraussetzungen der Unterbringung gegen den Willen des Betroffenen.....37
4.8 Gefahren für Untergebrachte.....39
4.9 Beschwerden, allgemein.....41
4.10 Beschwerde nach Erledigung in der Hauptsache (§§ 58-69 FamFG).....43
5 Coronarecht.....44
5.1 Maskenpflicht.....44
6 Datenschutzrecht.....44
6.1 DSGVO (Verordnung (EU) 2016/679, seit 25.05.2018) – Grundsätze.....44
6.2 DSGVO – Rechte und Pflichten.....45
6.3 Schadenersatz aus DSGVO-Verstößen.....46
6.4 Entwicklung.....49
6.5 Bundesmelderegister nach BZRG.....50
7 Familienrecht, Sorgerecht.....51
7.1 Beteiligtenstatus, Beteiligtenrechte.....51
7.2 Inobhutnahme.....51
7.3 Anhörung und Zwangsbegutachtung.....52
7.4 Vergütungs- und Regress-Ansprüche in der (Ergänzungs-)Pflege 54
7.5 Rechtsmittel.....54
8 Gutachter-Recht.....54
8.1 Notwendige und nicht notwendige Gutachten.....54
8.2 Einholung von Gutachten auf Antrag auch durch das Zivilgericht.....57
8.3 Anhörung, Rechtliches Gehör und Stellungnahme zu Gutachten.....58
8.4 Beistand bei der Exploration.....58
8.5 Persönliches Erscheinen und Mitwirken vs. Ferngutachen?.....58

8.6 Enge Grenzen der Zwangsunterbringung bei Verweigerung der Mitwirkung....60
8.7 Sachgerechte Gutachten....61
8.7.1 Allgemein....61
8.7.2 Standards, denen Gutachten genügen müssen....63
8.7.3 Anknüpfungstatsachen....65
8.7.4 Prozessuale Angreifbarkeit von Gutachten....65
8.7.5 Zulässig in und mit Gutachten....68
8.7.6 Unzulässiges in Gutachten....68
8.8 Schweigepflicht des Gutachters und ihre richterliche Durchbrechung....71
8.9 Regress-(Schadenersatz-)Ansprüche gegen Gutachter....71
8.10 Vorsatz und Verjährung bei Gutachtern....72
8.11 Persönlich haftender Gutachter in staatlicher Universitätsklinik....72
8.12 Technische Beweisführung....73
8.12.1 Rohdaten bei Blitzern....73
8.12.2 Öffentliche Kontrolle von Wahlgeräten....73
9 Medizin- und Arztrecht....74
9.1 Arztbriefe....74
9.2 Dokumentation....75
9.3 Gesundheitszeugnisse....77
9.4 Einwilligung in die Behandlung....77
9.5 Zwangsbehandlungen....78
9.6 Psychiatrie-Praxis:....78
10 Menschenrecht....78
10.1 Verschwindensschutzgesetz (Auswahl):....78
11 Mietrecht....81
11.1 Wohnung als Schutzraum nach Art. 13 GG....81
11.2 Wohnung als Besitz und Eigentum nach Art. 13 GG....81
11.3 Abmeldung von Amts wegen....81
11.4 Kalte Wohnungsräumung....82
12 Polizei- und Ordnungsrecht....83
12.1 Polizeikennzeichnung gegen Polizeigewalt....83
13 Presserecht....84
13.1 Pressekodex 2021....85
13.2 PresseG.NRW....85
13.3 Presserecht im Verhältnis zum Staat und seinen Organen (der Rechtspflege)....86
13.3.1 Die ungelenkt freie Presse: Ein Wesenselement des freiheitlichen Staates....87
13.3.2 Das Informations-Interesse der Justiz: "vor, nach und in Pausen der Verhandlung"....87
13.4 Prozessbeobachtung....90
13.5 Hausrecht im Gericht....96
14 Prozessrecht, Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit....98
14.1 Sinn und Zweck von Ablehnungsverfahren....98
14.2 Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs....98
14.3 Ablehnbar ist....99
14.4 Dienstlicher Äußerungen sind den Parteien zuzuleiten....100
14.5 Ignoranz macht befangen, auch die Verweigerung der Dienstliche Erklärung....100
14.6 Ablehnung bei unangemessener Reaktion auf Ablehnungsgesuch....101
14.7 Der gesetzliche Richter....101
14.7.1 Im Voraus berechenbar....101
14.7.2 Die Ablehnungsverwerfung in eigener Sache ist Entzug des gesetzlichen Richters....103
14.7.3 Phantom-Richter....104
14.7.4 Rechtsmittel bei Entzug des gesetzlichen Richters....104
14.8 Willkür macht befangen....106

14.9 Unsachliche Äußerungen und Erziehungsversuche machen befangen....106
14.9.1 Besondere Teile der Gesellschaft mögen sich bitte erwartungsgemäß verhalten....106
14.10 Einseitige Verfahrensvorbereitung macht befangen....107
14.11 Ablehnung bei überzogenem Straftatverdächtigung einer Partei....107
14.12 Ablehnung bei Aussage gegen Aussage....108
14.13 Ablehnungsgründe kumulieren (verkettete Gründe)....108
14.14 Instanzerhalt durch Zurückverweisung bei nachträglicher Befangenheit zwingend....109
14.15 Keine Ablehnung, wenn ….....109
14.16 Ablehnungkosten....109
15 Prozessrecht, allgemein – Pflichten und Verhalten des Gerichts....110
15.1 Akteneinsicht....110
15.1.1 Anwalt für die Akteneinsicht....110
15.1.2 Eile-Bedürfnis der Akteneinsicht....110
15.1.3 Auswirkungen der Akteneinsicht auf prozessuale Fristen....112
15.1.4 Unterschriften und Beglaubigungen....112
15.1.5 Bescheinigungen über Akten....113
15.1.6 Akteneinsicht nach Verfahrensende....113
15.2 Beschleunigungsgebot....114
15.3 Beweis: Antritt, Beweislastregeln, Beweislastumkehr....115
15.4 Faires Verfahren, strukturiertes Verfahren....117
15.5 Einsicht in Geschäftsverteilungspläne (GVPen) 119
15.6 Prozessfähigkeit....119
15.7 Prozesskostenhilfe....119
15.8 Gehör, Vergewisserung, Hinweispflicht, Streitstoffkenntnis, Befassung; Ignoranz....120
15.9 Fehlerkontrolle....123
15.9.1 Gericht vs. Partei....124
15.9.2 Nichtige Urteile, Schadenersatz und Remonstrationspflicht....124
15.10 Vertrauen in die Rechtsprechung....125
15.10.1 Konsequenzen für das Gericht der laufenden Instanz....125
15.10.2 Streitwertfestsetzung zur Rechtsbehelfsvermeidung....125
15.10.3 Entzug des gesetzlichen Richters und Raub der Instanz gehört sanktioniert....126
15.10.4 Nachahmungsgefahr und ständige Fehlerpraxis (Wiederholungsgefahr)....126
15.10.5 Verstöße gegen konstituierende Grundsätze (fundamentale Prinzipien der Gerechtigkeit). .127
16 Prozessrecht, Benehmen – Pflichten und Verhalten der Partei....127
16.1 Darlegungslast, Rügepflicht, Rechtzeitigkeit....127
16.2 Benehmen....127
17 Prozess-Instanz: Revision....128
18 Prozess-Instanz: Bundesverfassungsgericht....129
18.1 Prüfungsmaßstab....129
18.2 Voraussetzungen....129
18.3 Willkür....130
18.4 Staatliche Fehler....131
18.5 Art. 19 (4) Justizgewährleistungsanspruch....131
19 Schadenersatzrecht....132
19.1 Schadenersatz grundsätzlich auch aus Verletzung des Persönlichkeitsrechtes....132
19.2 Weitere Grundsätze des Schadenersatzes....134
19.3 Schadenersatz von Privatrechts-Subjekten....138
19.4 Schadenersatz von Körperschaften öffentlichen Rechts....139
19.5 Staatshaftung....139
19.5.1 Staatshaftung aus Behördenmitwirkung....140
19.5.2 Übergang auf Staatshaftung bei eng gebundenem hoheitlichen Handeln Dritter....143
19.5.3 Staatshaftung aus fehlerhafter Rechtsprechung....146

19.5.4 Staatshaftung aus Verletzung der positiven Staatlichen Schutzpflicht....146
19.5.5 Grad des Vorsatzes / Verschulden der Amtspflichtverletzung zur Staatshaftung....147
19.6 Schadenersatz von mehreren Gesamtschuldnern....148
19.7 Staat und Privatrechtsträger in Gesamtschuld....150
19.8 Entschädigung aus Enteignungen....151
19.9 Keine gewährte Entschädigung....151
19.10 Entschädigungshöhe - Beispiele....152
20 Staatsrecht....153
20.1 _Grundsätzliches Staatsrecht....153
20.1.1 Prinzipien der Freiheit und das Verhältnis von Staatsapparat und Bürger....153
20.1.2 Was der Staat nicht darf....153
20.2 Grundrechtsbindung der Monopolisten....154
20.3 Überstaatliches Recht, Gesellschaftskonventionen, Naturrecht, ...154
21 Strafprozessrecht allgemein....154
21.1 Willkür....154
21.2 Anspruch auf Freispruch (Freispruch zweiter Klasse)?....155
21.3 Anspruch auf Strafverfolgung des Gegners I – Allgemein....155
21.4 Anspruch auf Strafverfolgung des Gegners II – Ermittlungserzwingung....156
21.5 Anspruch auf Strafverfolgung des Gegners III – Klageerzwingung....158
21.6 Anspruch auf Strafverfolgung des Gegners IV – StA-Kontroll-Maßnahmen....160
21.7 Zulässigkeit von Deals....161
21.8 Ladung und Vorführung....161
22 Strafprozess-Laienverteidigung n. § 138 (2) StPO....161
22.1 Zweck der Laienverteidigung....161
22.2 Zulassung zur Laienverteidigung....161
22.3 Entscheidungs-, ergo: Versagensgründe; nicht zum Versagen führende Gründe....163
22.4 Nichtzulassungsbeschwerde:....164
22.5 Rechte des Laienverteidigers....165
22.6 Instanzen der Laienverteidigung....165
22.7 Strafvollstreckung....165
23 Strafrecht....166
23.1 Ermittlungspflichten und Akteneinsichtsrechte....166
23.2 Einstellung wegen Schuldunfähigkeit....168
23.3 Analogieverbot im Strafrecht....168
23.4 Der vollendete Versuch der Freiheitsberaubung....168
24 Verordnungen....169
24.1 Ausbilder-Eignungsverordnung AEVO 2009....169
25 Versammlungsrecht....169
25.1 Grundsätzliches zum Versammlungsrecht....169
25.2 Polizeifestigkeit des Versammlungsrechtes....170
25.3 Spontan-Demonstrationen....171
25.4 Filmrecht auf Demos....171
25.5 Identitätsfeststellung....171
25.6 Corona-Recht....172
26 Vertragsrecht....173
26.1 Vertragliche Nebenpflichten....173
27 Verwaltungsrecht....173
27.1 Bestimmtheit von Verwaltungsakten....174
27.2 Revisibilität von technischen Regelwerken....174
27.3 Untätigkeitsklage – Frist....174
27.4 Feststellungsklagen:....174

27.5 Fortsetzungsfeststellungsklagen:....175
28 Zahlungen an das Gericht....176
28.1 Abwendung der vorläufigen Vollstreckbarkeit (§ 108 ZPO)....176
28.2 Bereitstellung der Prozesskostensicherheit (§ 110 ZPO)....176
29 Zivilrecht - allgemein....176
29.1 Abmahnung und Unterlassungsverfügung....176
29.1.1 Rechtliches Gehör in Eilsachen....176
29.1.2 Wiederholungsgefahr....176
29.2 Klagearten Feststellungs- vs. Leistungsklage und ihre Zulässigkeit....177
29.3 Zwischenfeststellungsklage....178
29.4 Stufenklage und ihre Zulässigkeit....179
29.5 Teilklage (offen / verdeckt), Zulässigkeit, Besonderheit bei Teilschmerzensgeld....180
29.6 Grund- und Teilurteile....181
29.7 Güteverhandlungen / Mediation....182
29.8 Streitverkündung....182
29.9 Streitgenossen (nur in der Ausnahme des § 69 ZPO auch Nebenintervenient)....185
29.10 Verjährung....186
29.11 Widerklage / Aufrechnung....188
29.11.1 Drittwiderklage....190
29.11.2 Isolierte Drittwiderklage (ausschließlich gegen noch Unbeteiligte)....191
29.11.3 Isolierte Drittwiderklage gegen Zedenten....192
29.12 Zugang zum Gericht + Zustellungen vom Gericht....193
29.12.1 Zugang zum Gericht als Justizgewähr und positiver Schutzpflicht....193
29.12.2 Antragstellung bei den Geschäftsstellen anderer Gerichte....193
29.12.3 Zustellung und Rückwirkung - §§ 167ff ZPO, "demnächst" bei Brief nach Fax u. ä....195
29.12.4 Zustellungen vom Gericht....196
29.12.5 Zustellung zum Arbeitgeber....198
29.13 Zugang zum Schuldner....199

1 Vorwort – Achtung, Randnummern ändern sich laufend!

Dies ist mein persönlicher Rechtskommentar, geschrieben aus der Perspektive eines Möchte-ungern-Juristen, aber in der Sprache, die auch Juristen verstehen, und deshalb eher parieren müss(t)en. Er will die Schätze heben, die in Gesetz und Rechtsprechung noch schlummern, aber von Anwälten oft unbeachtet bleiben, weil die darauf gerichtete Recherche nicht in ihrem (überwiegend rein finanziellen) Interesse liegt.

Die Links zu leak6.de ... weisen auf Reuploads wo die aus meiner Sicht interessantesten Passagen schon hervorgehoben sind. Nicht wenige Entscheidungen erklären, dass die den Menschen zur Verfügung stehenden Rechte super toll sind und nur im vorliegenden Fall wegen eines ganz bestimmten Grundes leider nicht anwendbar. In den Profibibliotheken kann das dann durch die angewendete Tenor orientierte Verschlagwortung als ungünstige Entscheidung leicht so wirken, dass man die darin enthaltenen guten Definitionen gar nicht so gut findet.

Zitiert werden sollte am besten mit deaktivierten Links (was bei Ausdruck auf Papier oder Computerfax automatisch passiert) und zwar so, wie an den einzelnen Stellen vorgeschlagen, dann wirkt es m.E. am besten - und insbesondere nicht mit "BAUM, Kapitel …". Nicht allein, weil das kaum positiven Nutzen hätte, sondern auch, weil die Kapitel noch regelmäßigen Änderungen unterworfen sind.

Die Auswahl der aufgenommenen Quellen richtet sich ausschließlich nach meinem persönlichen Bedarf. Der **fett** geschriebene Teil, vor den Quellenangaben ist meine jeweilige Rechtsmeinung, der man sich natürlich nicht unbedingt genau so anschließen muss.

2 Anwaltsrecht

2.1 Wirksamkeit des Mandates

1. **Der Rechtsanwalt vermag das Mandat durch Erklärung u./o. schlüssiges Verhalten zu begründen.** BGH, 17.01.2002 - IX ZR 100/99 (NJW 2002, 1728), **Kap. II, 3.**: "Für die Auslegung eines Schriftsatzes, mit dem die Vertretung einer Partei angezeigt wird, kommt es nicht darauf an, ob der Rechtsanwalt tatsächlich eine Prozeßvollmacht hat. Entscheidend ist im Hinblick auf den erforderlichen ***Vertrauensschutz*** für die Gegenseite und auf § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO allein, ob sich der Rechtsanwalt ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten zum Prozeßbevollmächtigten bestellt hat (BGHZ 118, 312, 322 m. w. Nachw.)."

2.2 Anwaltliche Grundpflichten; Sorgfalts-, Hinweis- und Beratungspflicht

2. **Rechtsanwälte sind auch schon vor Abschluss eines Mandates zu Sorgfalt verpflichtet.** LG Itzehoe, 30.10.2009 - 9 S 11/09 (dejure 2009,24982), **LS.**: "Nimmt ein Rechtsanwalt einen Verwahrungsvertrag nicht an, treffen ihn gleichwohl vorvertragliche Sorgfaltspflichten, deren Verletzung eine Schadensersatzverpflichtung auslöst."

3. **§ 67 (1) VwGO begründete in der vor dem 01.07.2008 gültigen Fassung noch den Anwaltszwang auch in der ersten Instanz, "** Vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Oberverwaltungsgericht muss sich jeder Beteiligte, soweit er einen Antrag stellt, durch einen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. …**"**

4. **Die anwaltliche Aufgabe ist das Sichten, Gliedern und Durcharbeiten des Streitstoffs.** BVerwG III B 70.72, **Betreff (vor Tenor), Rn. 6 + 9**: "Pflicht eines Rechtsanwalt zur Sichtung, Gliederung und Durcharbeitung des Streitstoffes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vor Übernahme als eigenen Schriftsatz mittels ***Kennzeichnung durch eigene Unterschrift***; Erfordernis der Beschwerdebegründung durch einen Rechtsanwalt im Falle der Mitunterzeichnung eines von der Partei selbst gefertigten Schriftsatzes; ***Postulationsfähigkeit*** … **[Rn. 6]** … Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt eine dem Sinn und Zweck des § 67 Abs. 1 VwGO gerecht werdende Rechtsmittelbegründung durch einen Rechtsanwalt nur dann vor, wenn dieser hinsichtlich des Inhalts der Rechtsmittelbegründungsschrift eine eigene Sichtung, Prüfung und rechtliche Durchdringung des Streitstoffes vorgenommen hat. Nach dieser Rechtsprechung genügt die Vorlage eines zwar von einem Rechtsanwalt unterzeichneten, sonst aber unveränderten Schriftsatzes seiner Partei jedenfalls dann nicht, wenn der Rechtsanwalt die ***Sichtung, Gliederung und Durcharbeitung des Streitstoffes*** in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterlassen hat (vgl. hierzu die Beschlüsse vom 18. Juli 1961 - BVerwG IV C 240.60 - [Buchholz 427.3 § 339 Nr. 128], vom 2. Oktober 1961 - BVerwG VIII B 78.61 - [Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 18], vom 30. Oktober 1961 - BVerwG III C 178.60 - [Buchholz 310 § 139 VwGO Nr. 6], vom 30. Oktober 1961 – BverwG III B 167.60 - [Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 19], vom 23. Januar 1962 - BVerwG VIII B 44.61 – [Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 25], vom 6. September 1965 - BVerwG VI C 57.63 - [Buchholz 310 § 139 VwGO Nr. 21], vom 26. April 1966 - BVerwG III C 7.66 - [Buchholz 310 § 67 VwGO Nr. 25], vom 15. März 1971 - BVerwG II C 47.64 - [Buchholz 310 § 139 VwGO Nr. 38], vom 17. März 1971 - BVerwG III B 18.71/III C 23.71 - [Buchholz 310 § 139 VwGO Nr. 37], vom 15. Mai 1972 - BVerwG VII B 34.72 - [Dok. Ber. A 72,8831] und vom 13. Juli 1973 - BVerwG III B 46.73 -). … **[Rn. 9]** … Einer solchen Überprüfung hätte jedoch das sehr ***umfangreiche***, in großen Teilen revisionsrechtlich offensichtlich ***unerhebliche*** und teilweise auch ***rechtlich verfehlte Vorbringen*** des Klägers in ganz besonderem Maße bedurft. Es hätte eine sorgfältige eigene Bearbeitung, Gliederung und ***Straffung des Sach- und Streitstoffes*** durch den Prozeßbevollmächtigten des Klägers erfordert."

5. **Die anwaltliche Kernaufgabe zu Schriftsätzen ist das Sichten und Prüfen des Streitstoffs sowie dessen rechtliche Durchdringung.** BVerwG, 13.02.1979 - 3 CB 78.78 (dejure 1979,7023), **Rn. 2**: "Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt eine dem Sinn und Zweck des § 67 Abs. 1 VwGO gerecht werdende Rechtsmittelbegründung durch einen Rechtsan-

walt nur dann vor, wenn dieser hinsichtlich des Inhalts der Rechtsmittelbegründungsschrift eine ***eigene Sichtung, Prüfung und rechtliche Durchdringung des Streitstoffes*** vorgenommen hat (vgl. hierzu u.a. Beschluß vom 17. März 1971 - BVerwG 3 B 18.71/3 C 23.71 - [Buchholz 310 § 139 VwGO Nr. 37]; ferner Beschlüsse vom 20. Dezember 1973 - BVerwG 3 B 70.72 - m.w.N. und vom 7. September 1978 - BVerwG 3 CB 48.77 -). Eine derartige Sichtung, Prüfung und rechtliche Durchdringung des Streitstoffes läßt ***die bloße Bezugnahme*** der Prozeßbevollmächtigten des Klägers ***auf dessen eigenen in Fotokopie beigefügten Schriftsatz*** vom 12. Dezember 1978 nicht erkennen."

6. **Der Rechtsanwalt muss seinen Schriftsatz selbst prüfen und verantworteten. Folglich ist auch das ungeprüfte Durchreichen zur Umgehung des Anwaltszwanges nicht erlaubt.** BGH, 14.03.2017 - VI ZB 34/16 (NJW-RR 2017, 686), **Rn. 7**: "… Die Berufungsbegründung muss deshalb Ergebnis der geistigen Arbeit des Berufungsanwalts sein (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 1988 - IVb ZR 5/88, NJW 1989, 394, 395; Beschluss vom 23. Juni 2005 - V ZB 45/04, NJW 2005, 2709). Zwar ist der Anwalt nicht gehindert, die Berufungsbegründung von anderen Personen, etwa von einem Referendar, vorbereiten zu lassen. ***Erforderlich ist aber, dass der unterzeichnende Anwalt die Berufungsbegründung selbständig prüft und*** aufgrund der Prüfung ***die volle Verantwortung für den Schriftsatz übernimmt*** (BGH, Urteil vom 19. Oktober 1988 - IVb ZR 5/88, NJW 1989, 394, 395; Beschluss vom 24. Januar 2008 - IX ZB 258/05, NJW 2008, 1311 Rn. 5)."

7. **Der Rechtsanwalt hat die Interessen seines Mandanten in den Grenzen des erteilten Mandates umfassend und vorausschauend in der sicherst möglichen Weise wahrzunehmen.** BGH, 29.06.2006 - IX ZR 76/04 (NJW 2006, 3494) **Abs. 13**: "Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Rechtsanwalt kraft des Anwaltsvertrags verpflichtet, die Interessen seines Auftraggebers ***in den Grenzen des erteilten Mandats nach jeder Richtung und umfassend*** wahrzunehmen. Er muss sein Verhalten so einrichten, dass er Schädigungen seines Auftraggebers, mag deren Möglichkeit auch nur von einem Rechtskundigen vorausgesehen werden können, vermeidet. Er hat, wenn mehrere Maßnahmen in Betracht kommen, diejenige zu treffen, welche ***die sicherste und gefahrloseste*** ist, und, wenn mehrere Wege möglich sind, um den erstrebten Erfolg zu erreichen, den zu wählen, auf dem dieser am sichersten erreichbar ist (BGH, Urt. v. 5. November 1992 – IX ZR 200/91, NJW 1993, 1320, 1322; v. 13. März 1997 – IX ZR 81/96, WM 1997, 1392, 1393 f; v. 29. April 2003 – IX ZR 54/02, WM 2003, 1628, 1630; v. 23. September 2004 – IX ZR 137/03, NJW-RR 2005, 494, 495)."

8. **Nach Instanzverlust besteht anwaltliche Beratungspflicht zu den formellen Voraussetzungen von Rechtsmitteln, bei leicht erkennbarer Divergenz zu höchstrichterlicher Rechtsprechung und über eigene Fehler.** BGH, 24.05.2007 - IX ZR 142/05 (NJW-RR 2007, 1553) **Abs. 20**: "In welchem Umfang der Anwalt den Mandanten nach einem Instanzverlust über die Aussichten eines Rechtsmittels zu belehren hat, ist allerdings durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch nicht umfassend geklärt. Eine entsprechende ***Belehrungspflicht besteht jedenfalls hinsichtlich der formellen Voraussetzungen des Rechtsmittels*** (vgl. BGH, Urt. v. 6. Juli 1989 – IX ZR 75/88, WM 1989, 1826, 1827), ***bei ohne weiteres erkennbarer Divergenz zur höchstrichterlichen Rechtsprechung*** (vgl. BGHZ 85, 252, 259 ff; BGH, Urt. v. 17. Januar 2002 – IX ZR 182/00, WM 2002, 513, 515) ***sowie in den Fällen, in denen der Fehler des Urteils auch darauf beruht, dass der Rechtsanwalt nicht sachgerecht gearbeitet, er das unrichtige Urteil also mitverschuldet hat*** (BGH, Urt. v. 17. Januar 2002, aaO; insoweit ausdrücklich zustimmend BVerfG NJW 2002, 2937, 2938). Unter solchen Umständen erfordert es die vorausgegangene Pflichtwidrigkeit, den Mandanten konkret auf die Umstände hinzuweisen, die ein Rechtsmittel aussichtsreich erscheinen lassen (vgl. Fahrendorf in Rinsche/Terbille/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl. Rn. 1547 12Fn. 693). Dagegen gehört es ohne gesonderten Auftrag nicht zu den Aufgaben eines Berufungsanwalts, die materiellen Gründe des Berufungsurteils einer eingehenden Prüfung auf ihre Richtigkeit zu unterziehen, erfolgversprechende Angriffspunkte herauszuarbeiten und sie auf ihre Revisibilität hin zu untersuchen (BGH, Urt. v. 27. März 2003 – IX ZR 399/99, WM 1003, 1146, 1148; vgl. auch Urt. v. 10. Juli 2003 – IX ZR 5/00, NJW 2003, 2986, 2987)."

9. **Der Rechtsanwalt muss seinen Mandanten von allen wesentlichen Schriftstücken sanktionsbewährt in Kenntnis setzen.** AGH-Berlin, 29.05.2017 - I AGH 2/16 (dejure 2017,31033), **Rn. 18**: "Die Beschwerdeführerin hat im Verhältnis zu ihren Mandanten Frau …….., Herr … und Herr … unzählige Male gegen die sich aus § 11 BORA ergebenden Pflichten verstoßen. § 11 Abs. 1 BORA verpflichtet den Rechtsanwalt das Mandat in angemessener Zeit zu bearbeiten und den Mandanten über alle wesentlichen Vorgänge bei der Bearbeitung unverzüglich zu unterrichten. ***Die Bearbeitungs- und Unterrichtungspflicht wird dahingehend konkretisiert, dass der Mandant von allen wesentlichen erhaltenen oder versandten Schriftstücken in Kenntnis gesetzt werden muss. § 11 Abs. 1 BORA sanktioniert neben § 43 BRAO i.V.m §§ 611 ff., 675 BGB die unterlassene Mandatsbetreuung durch den Rechtsanwalt*** (Römermann/Günther in: Beck'scher Online-Kommentar BORA, 13. Edition Stand 01.09.2016, § 11 BORA Rn.4a). Ergänzt wird die Bearbeitungs- und Unterrichtungspflicht durch die in § 11 Abs. 2 BORA normierte Pflicht, Anfragen des Mandanten unverzüglich zu beantworten. Unverzüglich i.S.d. § 11 BORA bedeutet genauso wie in § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern (Schwärzer in: Feuerich/Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 9.Auflage 2016, § 11 BORA Rn.5). Damit der Rechtsanwalt die Pflicht aus § 11 Abs. 2 BORA erfüllen kann, muss er seine Kanzlei so organisieren, dass der Mandant ihn zu zumutbaren Zeiten erreichen kann (Schwärzer in: Feuerich/Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 9.Auflage 2016, § 11 BORA Rn.8)."

10. **Der Rechtsanwalt muss erreichbar sein.** AGH-Berlin, 29.05.2017 - I AGH 2/16 (dejure), **Rn. 21**: "… Ein Rechtsanwalt ist verpflichtet, zu angemessenen Zeiten dem rechtssuchenden Publikum in den Kanzleiräumen für anwaltliche Dienste zur Verfügung stehen (Weyland in: Feuerich/Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 9.Auflage 2016, § 27 BRAO Rn.5). ..."

2.3 Anwaltliche Loyalität

11. **Die anwaltlichen Pflichten richten sich nach den Umständen und dem erteilten Mandat.** BGH, 29.06.2006 - IX ZR 76/04 (NJW 2006, 3494) **Abs. 14 + 15**: "Gemäß § 1 Abs. 3 BORA hat der Rechtsanwalt seinen Mandanten vor voraussehbaren Fehlentscheidungen durch Gerichte und Behörden zu bewahren. **[15]** Welche konkreten Pflichten aus diesen allgemeinen Grundsätzen abzuleiten sind, richtet sich ***nach dem erteilten Mandat*** und den Umständen des Falles."

12. **Der distanzierte Anwalts-Schriftsatz ist unzulässig.** BGH, 14.03.2017 - VI ZB 34/16 (NJW-RR 2017, 686), **Ls.**: "Eine Berufung ist nicht ordnungsgemäß durch einen Anwalt begründet, wenn dieser eine von einem Dritten entworfene Berufungsbegründung unterzeichnet, dabei jedoch durch einen distanzierenden Zusatz deutlich macht, dass er nicht die volle Verantwortung für den gesamten Inhalt des Schriftsatzes übernimmt."

13. **Indirekte Rede in Anwaltsschriftsätzen ist unzulässig. Der Anwalt darf nicht lediglich Bezug auf Ausführungen seines Mandanten nehmen, sondern muss, was er vorträgt, sich selbst zu eigen machen. Wo keine eigenen Begründungselemente vorhanden sind – ist sogar das Rechtsmittel unzulässig.** BGH, 02.07.2014 - 4 StR 215/14 (NJW 2014, 2664), **Rn. 4**: "Solche Zweifel ergeben sich hier aus der Fassung der Revisionsbegründung. Die ... Formulierungen „beanstandet der Beschuldigte" und „begegnen die Feststellungen … erheblichen Bedenken auf Seiten des Beschuldigten" sowie „nach Auffassung des Beschuldigten liegen dieser Feststellung …" belegen, dass der Verteidiger lediglich die vom Angeklagten stammenden Beanstandungen vorträgt und zusammenfasst, ohne selbst dafür die Verantwortung zu übernehmen. Diese Wortwahl in Verbindung mit der Wiedergabe der ***vom Beschuldigten stammenden Ausführungen in indirekter Rede deutet auf eine Distanzierung des Verteidigers hin***, zumal dieser dem Revisionsbegründungsschriftsatz keine eigenen Begründungselemente hinzugefügt hat. Ergänzend kommt die Distanzierung des Verteidigers in seiner abschließenden Bemerkung zum Ausdruck, er habe seinen Mandanten ausführlich über das Rechtsmittel der Revision belehrt, der Beschuldigte habe aber darauf beharrt, die vorstehenden Ausführungen zu machen."

14. **Will (oder muss) der Rechtsanwalt (auch) konkurrierende oder gegenläufige Interessen ver-**

treten, so muss er dies gegenüber dem Mandanten noch vor Vertragsabschluss, bzw. bei späterem Bekanntwerden: unverzüglich klarstellen. BGH, 07.09.2017 - IX ZR 71/16 (NJW-RR 2017, 1459), **Rn. 17**: "Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 Abs. 1 BRAO). Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und ***nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten*** Rechtsanwalt voraus (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - IX ZR 5/06, BGHZ 174, 186 Rn. 12; BVerfG, NJW 2003, 2520, 2521). Wie der Senat bereits entschieden hat, darf der Mandant, welcher dem Anwalt die Schließung eines Anwaltsvertrages anträgt, von diesem Leitbild eines Rechtsanwalts ausgehen (BGH, Urteil vom 8. November 2007, aaO). Nimmt der Anwalt das Mandat an, erklärt er damit seine Bereitschaft, fortan die Interessen des Mandanten ohne Rücksicht auf die Interessen Dritter umfassend zu vertreten. Für ***konkurrierende Interessen Dritter gilt insoweit nichts anderes als für die gegenläufigen Interessen des Gegners*** des Mandanten (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 8. November 2007, aaO; vom 19. September 2013 - IX ZR 322/12, WM 2014, 87 Rn. 11). Will der Anwalt nur eingeschränkt für den Mandanten tätig werden, hat er dies ***vor Abschluss des Vertrages klarzustellen***. Der Mandant kann dann selbst entscheiden, ob er dies - etwa in der Erwartung besonderer Kompetenz des Anwalts oder einer besseren Verhandlungsposition gegenüber dem Gegner - hinnehmen oder ob er einen anderen, ausschließlich seinen - des Mandanten - eigenen Interessen verpflichteten Anwalt beauftragen will. Gleiches gilt, wenn sich nachträglich Interessenkonflikte abzeichnen, die nur ein eingeschränktes Tätigwerden des Anwalts erlauben."

15. **Bevorzugt der Rechtsanwalt gegenüber dem Mandanten unerklärt konkurrierende Interessen anderer, liegt darin 'nur' eine Pflichtverletzung, während die Pflichten zu mehreren Mandanten grundsätzlich miteinander vereinbar sein können. Vertritt der Anwalt aber gegenläufige Interessen, ist hingegen der gesamte Anwaltsvertrag NICHTIG.** BGH, 07.09.2017 - IX ZR 71/16 (NJW-RR 2017, 1459), **Rn. 18**: "***Ein Verstoß gegen das Verbot des § 43A Abs. 4 BRAO [wörtlich: "Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten."] führt zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrages*** (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 IX ZR 241/14, WM 2017, 537 Rn. 7). Widerstreitende Interessen liegen allerdings nicht schon dann vor, wenn der Rechtsanwalt sich gegenüber mehreren Mandanten verpflichtet, Forderungen gegen ein und denselben Schuldner durchzusetzen und insbesondere die Zwangsvollstreckung gegen diesen zu betreiben. In einem solchen Fall kann zwar der Erfolg des einen Mandanten den Misserfolg des anderen Mandanten, der nicht mehr zum Zuge gekommen ist, bedeuten. Das wäre aber nicht anders, wenn die Mandanten von unterschiedlichen Rechtsanwälten vertreten würden. Die Mandatsverträge verpflichten den Anwalt nur, für jeden einzelnen Mandanten das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Bevorzugt der Anwalt den einen vor dem anderen Mandanten, indem er Anträge bevorzugt oder nachrangig stellt, liegen Pflichtverletzungen im Rahmen des jeweiligen Mandatsverhältnisses vor. An den grundsätzlich miteinander zu vereinbarenden Pflichten aus den einzelnen Verträgen ändert sich durch eine solche Pflichtverletzung hingegen nichts."

16. **Anwaltsverträge sind i.d.R. Dienstverträge der Geschäftsbesorgung.** BGH, 16.02.2017 - IX ZR 165/16 (MDR 2017, 731), **Rn. 15**: "Das Vertragsverhältnis zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber bildet regelmäßig einen Dienstvertrag (§ 611 BGB), der eine Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) zum Gegenstand hat (BGH, Urteil vom 20. Oktober 1964 - VI ZR 101/63, NJW 1965, 106)."

17. **Wer den Anwalt wechselt, weil er dessen zutreffende Rechtsmeinung nicht teilt, muss ihn dennoch bezahlen, zumindest dann, wenn der Anwalt seinem Mandanten die Möglichkeit mit einem Fristverlängerungsantrag offen hielt, ihn abzulösen.** BGH, 16.02.2017 - IX ZR 165/16 (MDR 2017, 731), **Rn. 2**: "Auf der Grundlage eines 36 Seiten umfassenden Gutachtens empfahlen die Beklagten [Rechtsanwälte] durch Schreiben vom 16. März 2011 der Klägerin die Rücknahme des Rechtsmittels, weil der Nichtzulassungsbeschwerde nach dem Ergebnis ihrer Prüfung keine Erfolgsaussichten beizumessen seien. Da die Klägerin mit der Rücknahme des Rechtsmittels nicht einverstanden war, legten die Beklagten am 30. März 2011 das Mandat nieder. Entsprechend einer von den Beklagten vor der Mandatsniederlegung erwirkten Fristverlängerung begründete ein ande-

rer bei dem Bundesgerichtshof zugelassener Rechtsanwalt die Nichtzulassungsbeschwerde fristgerecht im Auftrag der Klägerin. Durch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19. Juli 2011 (VI ZR 200/10) wurde die Beschwerde der Klägerin kostenpflichtig zurückgewiesen."

18. **Die Partei bestimmt selbst, was sie erklagen will. Die vom Anwalt beigemessenen Erfolgschancen sind dabei letztlich unbeachtlich. Der Anwalt darf sich nicht zum Richter über seinen Mandanten aufwerfen.** BGH, 21.11.2018 - 4 StR 15/18 (NJW 2019, 316), Rn. 15: "Unabhängig von im Schrifttum vertretenen unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen zur Bestimmung der Interessenlage, ... besteht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Einigkeit darüber, dass sich die anvertrauten Interessen nach dem Inhalt des dem Anwalt erteilten Auftrags beurteilen, der maßgeblich vom Willen der Partei gestaltet wird (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 1954 – 4 StR 724/53, BGHSt 5, 301, 307; Urteil vom 24. Juni 1960 – 2 StR 621/59, BGHSt 15, 332, 334; Urteil vom 13. Juli 1982 – 1 StR 245/82, NStZ 1982, 465; Urteil vom 7. Oktober 1986 – 1 StR 519/86, BGHSt 34, 190, 192; Urteil vom 15. Januar 1981 – III ZR 19/80, NJW 1981, 1211, 1212; Be-schluss vom 4. Februar 2010 – IX ZR 190/07, Rn. 4; Urteil vom 23. April 2012 – AnwZ (Brfg) 35/11, NJW 2012, 3039, 3041). In verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten, bei denen die mit dem begehrten Rechtsschutz verfolgten Anliegen ausschließlich der Dispositionsbefugnis der Beteiligten unterliegen, kommt es für die Interessenbestimmung deshalb entscheidend auf die subjektive Zielsetzung der Partei an. ***Die Partei allein bestimmt, welche ihrer Belange sie im Verwaltungsprozess verwirklicht sehen will. Ohne Bedeutung ist*** demgegenüber ***die Einschätzung des Anwalts*** darüber, ***was aus seiner Sicht*** von den Parteibelangen vernünftigerweise ***vertretbar oder bestenfalls erreichbar erscheint***. Denn anderenfalls dürfte sich der Anwalt, statt Sachverwalter seines Auftraggebers zu sein, zu dessen Richter aufwerfen (BGH, Urteil vom 2. Dezember 1954 – 4 StR 500/54, BGHSt 7, 17, 21)." [siehe auch Rn. 503.! LG-Bonn]

19. **Entzweien sich die Interessen einer Klägergemeinschaft, muss der Anwalt alle Mandate niederlegen.** BGH, 21.11.2018 - 4 StR 15/18 (NJW 2019, 316), **Rn. 16**: "Aufgrund dieses, dem Angeklagten nach den Feststellungen bewussten Interessenwiderstreits innerhalb der Klägergemeinschaft war es dem Angeklagten nicht nur berufsrechtlich (§ 43A Abs. 4 BRAO), sondern auch durch die Vorschrift des § 356 Abs. 1 StGB strafbewehrt untersagt, die Verfahren weiter durch anwaltliches Tätigwerden in die eine oder andere Richtung zu fördern (zur konkurrenzrechtlichen Bewertung bei der Mandatsfortführung vgl. BGH, Beschluss vom 4. November 2008 – 4 StR 195/08, BGHR StGB § 356 Abs. 1 Rechtssache 2)."

20. **Der Anwalt bleibt auch nach seiner Tätigkeit an seinen Auftraggeber rechtlich gebunden.** BGH, 21.11.2018 - 4 StR 15/18 (NJW 2019, 316), **Rn. 17**: "Denn die rechtliche Gebundenheit des Anwalts an seinen Auftraggeber dauert über die Beendigung des Auftrags hinaus fort (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 1952 – 4 StR 850/51, BGHSt 4, 80, 83; Urteil vom 16. November 1962 – 4 StR 344/62, BGHSt 18, 192, 193; Urteil vom 7. Oktober 1986 – 1 StR 519/86, BGHSt 34, 190, 191; MüKo-StGB/Dahs, 2. Aufl., § 356 Rn. 36)."

21. **Auch die Vertragsfreiheit erlaubt dem Mandanten, den Anwaltsvertrag mit Vorbehalten und Weisungen auszustatten.** BGH, 16.02.2017 - IX ZR 165/16 (MDR 2017, 731), **Rn. 17**: "Anderes [als ein Dienstpflichtfortfall] kann nach dem Grundsatz einer beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2015 - IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 Rn. 21) ~~nur~~ [aber] dann gelten, wenn der Mandant bereits die Erteilung des Mandats davon abhängig macht, dass die begehrte Rechtsverfolgung - gleich ob es sich um die Abgabe einer Willenserklärung, die Erhebung einer Klage oder die Einlegung eines Rechtsmittels handelt - ungeachtet des Ergebnisses einer Rechtsprüfung des Anwalts in jedem Fall durchgeführt werden soll. Übernimmt ein Rechtsanwalt ein ihm unter diesem Vorbehalt angetragenes Mandat, hat er es ungeachtet der objektiven Rechtslage - soweit das ihm auferlegte Vorgehen als solches in Einklang mit der Rechtsordnung steht - im Sinne [der Weisungen] des Mandanten wahrzunehmen."

22. **Der Rechtsanwalt muss grundsätzlich nicht gegen seine eigene Überzeugung handeln.** BGH, 16.02.2017 - IX ZR 165/16 (MDR 2017, 731), **Tenor + Rn. 17**: "Kündigt der Revisionsanwalt nach

Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde das Mandat, weil er dem Rechtsmittel aufgrund einer inhaltlich zutreffenden Begutachtung keine Erfolgsaussichten beimisst und darum die von dem Mandanten gewünschte Begründung und Durchführung der Nichtzulassungsbeschwerde ablehnt, verliert er seinen Vergütungsanspruch gegen den Mandanten nicht. … Regelmäßig können Rechtsanwälte davon ausgehen, der Mandant werde ***bei inhaltlich zutreffender Rechtsprüfung*** den sich hieraus ergebenden Empfehlungen auch folgen. Deswegen muss der Anwalt einer der ***objektiven Rechtslage*** zuwiderlaufenden Weisung des Mandanten zur Fortsetzung eines objektiv aussichtslosen Rechtsstreits nicht nachkommen."

23. **Der Rechtsanwalt, der die Weisungen seines Mandanten nicht versteht, kann den Konflikt seiner Pflichten nicht auflösen.** BGH, 16.02.2017 - IX ZR 165/16 (MDR 2017, 731), **Rn. 21**: "Gewinnt der Prozessbevollmächtigte nach gründlicher Prüfung die der Sach- und Rechtslage entsprechende Überzeugung der Aussichtslosigkeit eines Rechtsmittels, bringt ihn das Beharren des Mandanten auf Durchführung des Verfahrens ***in einen unauflöslichen Konflikt***, weil die Befolgung der Weisung mit seiner Stellung als Organ der Rechtspflege (vgl. §§ 1, 3 Abs. 1 BRAO) unvereinbar ist. Der Anwalt ist nicht gehalten, einer Weisung des Mandanten zu folgen, die seinem wohl durchdachten Rat widerspricht und mit wirtschaftlichen Nachteilen für die vertretene Partei verbunden ist. Um die verfehlte Weisung des Mandanten, einen aussichtslosen Rechtsstreit fortzusetzen, zu erfüllen, müsste der Rechtsanwalt eine Klage oder ein Rechtsmittel mit Erwägungen begründen, die verfahrensrechtlich unerheblich sind oder materiell-rechtlich erkennbar nicht durchgreifen. Dies wäre weder mit seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege vereinbar noch ihm mit Rücksicht auf sein Ansehen zumutbar. Schließlich ist das unvernünftige Hinwegsetzen über den begründeten Vorschlag des Anwalts geeignet, die Vertrauensgrundlage des Mandatsverhältnisses nachhaltig zu erschüttern (BGH, Urteil vom 26. September 2013 - IX ZR 51/13, WM 2014, 89 Rn. 13; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1994, 1084, 1085; vgl. Staudinger/Preis, BGB, 2016, § 628 Rn. 26; Rinkler in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 4. Aufl., § 1 Rn. 113; Erman/Belling, BGB, 14. Aufl., § 628 Rn. 12; Pabst, MDR 1978, 449, 451; a. A. MünchKomm-BGB/Henssler, 7. Aufl., § 628 Rn. 26)."

24. **Der Anwalt darf aber nicht sinnlos vortragen.** BGH, 23.09.2009 - IV ZR 259/08 (dejure 2009,4989), **Rn. 5**: "Dass der Mandant selbst Weiteres vorgetragen wissen möchte, entbindet den beigeordneten Prozessbevollmächtigten nicht von seiner Pflicht, im Interesse des Mandanten von weiterem Vortrag abzusehen, wenn er ihn nach eigenverantwortlicher Prüfung nicht für erheblich oder sogar für schädlich für das Prozessziel des Mandanten hält."

25. **Auch nach gründlicher anwaltlicher Prüfung darf die anwaltliche Rechtsauffassung nicht mit absoluter objektiver Richtigkeit gleichgesetzt werden, wohl aber ist die sachgerechte Gewissenhaftigkeit des Rechtsanwalts aus seiner Perspektive zu respektieren.** BGH, 15.12.1980 - AnwSt (R) 14/80 (StV 1981, 133), Rn. 18: "… Doch kann ein Handeln aus Gewissenszwang zu respektieren sein, dies jedenfalls dann, wenn es nicht auf schuldhafter Verkennung der Rechtslage beruht (vgl. OLG Breslau GA Bd. 51 S. 374). …"

26. **Schon die zu schlechte falsche Prognose der Erfolgsaussichten kann ein Einzelakt eines länger währenden Parteiverrats sein.** BGH, 21.11.2018 - 4 StR 15/18 (NJW 2019, 316), **Rn. 9, 10+12**: "Am 6. Juli 2012 sandte der Angeklagte den privaten Klägern eine E-Mail, in der er ausführte, sie hätten bei Fortführung des Verfahrens „***keinerlei Chance***"; der Prozess koste nur Geld und werde nichts bringen. … **[10]** … sandte der Angeklagte den privaten Klägern am 29. Juli 2012 eine weitere E-Mail, in der er unter anderem behauptete, bei Fortführung des Prozesses drohten ihnen ***Prozesskosten in Höhe von rund 80.000 Euro*** (Fall II.G.XIII. der Urteilsgründe). ... **[12]** Das Landgericht hat das Hinwirken des Angeklagten auf den Abschluss des Widerrufsvergleichs mit Wirkung auch für die privaten Kläger, die Anregung der Protokollerklärung sowie das Versenden der beiden E-Mails als ***zeitlich gestreckte Einzelakte eines einheitlichen Parteiverrats*** gewertet. …"

27. **Ggf. ist eine ehrengerichtliche Überprüfung geboten.** BGH, 15.12.1980 - AnwSt (R) 14/80 (StV 1981, 133), **Rn. 22**: "… Gerade weil der Verteidiger im Strafprozess weitgehende Befugnisse und

zum Teil schwierige Pflichten gegenüber dem Angeklagten hat, ist eine ehrengerichtliche Kontrolle des Rechtsanwalts auch in diesem Bereich unerlässlich (vgl. BGHSt 26, 319, 320) [BGH 30.03.1976 - 1 StR 30/76]. …"

28. **Der Rechstanwalt muss einen von anderen Anwälten gesetzten, bösen Schein richtig stellen.** BGH, 15.12.1980 - AnwSt R 12/80 (dejure 1980,1556), **Ls.** (Jurion): "Hält ein Rechtsanwalt den von anderen Anwälten gesetzten bösen Schein für pflichtwidriges Verhalten dadurch aufrecht, daß er es unterläßt, ihm entgegenzuwirken, so liegt hierin ein Standesvergehen."

2.4 Anwaltliche Pflichten im Innenverhältnis – Auskünfte, Einsichten, Handakten

29. **Der Mandant hat bei seinem Rechtsanwalt ein nahezu vollständiges Einsichts- und Kontrollrecht, über den Herausgabeanspruch hinaus gehend und nur begrenzt durch persönliche Notizen und vertrauliche Hintergrundinformationen. Das Einsichtsrecht, basierend auf der Rechenschaft nach § 666 BGB kann sogar Teile umfassen, die nicht herausgegeben werden müssen.** OLG Brandenburg, 11.04.2018 - 11 U 123/16 (dejure 2018,10466), **Rn. 22+23**: "Auf den Anwaltsdienstvertrag finden nach § 675 BGB auch die §§ 666, 667 BGB Anwendung. Dementsprechend ist der Rechtsanwalt ***nicht nur verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben, § 667 BGB, sondern auch, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen***, § 666 BGB (vergleiche hierzu nur und auch nachfolgend BGH, DB 1990, 783 ff m.w.N., st. Rspr.). **[32]** Der Begriff "Rechenschaft" ist hier in einem weiteren Sinne gemeint als in §259 BGB. Er bezieht sich insbesondere nicht lediglich auf eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung, sondern umfasst die über die Herausgabepflicht hinausgehende Pflicht des Beauftragten, in verkehrsüblicher Weise die wesentlichen Einzelheiten seines Handelns zur Auftragsausführung darzulegen und dem Auftraggeber die notwendige Übersicht über das besorgte Geschäft zu verschaffen. Dabei sind dem Auftraggeber auch Belege, soweit üblich und vorhanden, vorzulegen; ***diese Vorlagepflicht des Rechtsanwalts ist die Grundlage für den Anspruch des Auftraggebers auf Einsicht in die Handakten.*** Dass diese Einsicht - wie schon in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erläutert – sich ebenfalls auf Dokumente bezieht, bei der sich der beauftragte Rechtsanwalt der elektronischen Datenverarbeitung bedient, bedarf keiner weiteren Erörterung, vergl. nur § 50 Abs. 4 BRAO. Dies gilt damit nicht nur für solche Unterlagen, die dem Auftraggeber zu belassen sind, also bereits unter die Herausgabepflicht nach § 667 BGB fallen; ***vielmehr kann sich die Vorlagepflicht auch auf diejenigen Bestandteile der Handakten des Rechtsanwalts beziehen, die nicht herausgegeben zu werden brauchen***, sondern beim Anwalt verbleiben können. Eine ***Ausnahme*** gilt insoweit allerdings für solche Unterlagen, die nicht lediglich über das Tun im Rahmen der Vertragserfüllung Aufschluss geben, sondern persönliche Eindrücke, die der Anwalt in den betreffenden Gesprächen gewonnen hat, wiedergeben. Aufzeichnungen des Anwalts über derartige ***persönliche Eindrücke*** sind oft nützlich; sie sind in Zweifel jedoch nicht für die Einsicht durch den Mandanten bestimmt und eine solche wäre dem Anwalt auch nicht zumutbar. Ein Anwalt, der zur Herausgabe von Handakten verpflichtet ist, braucht daher nicht auch derartige Aufzeichnungen offenzulegen (BGHZ 85, 335). Darüber hinaus wird dem Anwalt bei der Ausführung des Mandats ein ***gewisser Freiraum zuzuerkennen sein, vertrauliche "Hintergrundinformationen" zu sammeln***, die er auch und gerade im wohlverstandenen Interesse seines Mandanten sowie im Interesse der Rechtspflege diesem gegenüber verschweigen darf. Aufzeichnungen über derartige Vorgänge unterliegen gleichfalls nicht der Herausgabepflicht."

30. **Der Wunsch auf Akteneinsicht muss nicht begründet werden und auch die Vermutung von Unbekanntem ist vollkommen unschädlich.** OLG Brandenburg, 11.04.2018 - 11 U 123/16 (dejure 2018,10466), **Rn. 34**: "Das Landgericht überspannt die Anforderungen im Hinblick auf das grundsätzlich bestehende Recht der Klägerin als anwaltlich beratene Mandantin. ***Die Klägerin als Auftraggeberin ist nicht gehalten, ein besonderes rechtliches oder tatsächliches Interesse an der Akteneinsicht gegenüber dem beauftragten Rechtsanwalt darzulegen***. Eine derartige Anforderung

findet weder im Gesetz noch in den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen, die der Senat teilt, ihre Stütze. ***Ebenso wenig ist es schädlich, dass sie weitere Unterlagen vermutet, von deren Existenz sie keine Kenntnis hat***, zumal nach dem unbestrittenen Vorbringen der Klägerin der von dem Beklagten gehaltene Aktenbestand zu dem Anwaltsdienstvertrag ca. **12 Leitzordner** umfasst, sie nur 4 Schriftsätze von ihrer ehemaligen Vorstandsvorsitzenden J... erhalten hat und zudem die gesamte Korrespondenz und Kommunikation im Rahmen des abgeschlossenen Dienstvertrages über ihren privaten Account bzw. telefonisch ausschließlich mit ihr geführt worden ist."

31. **Auskunfts- und Rechenschaftspflichten sowie das Einsichtsrecht erlöschen nicht durch Erfüllung der Herausgabe oder Mandatsende.** OLG Brandenburg, 11.04.2018 - 11 U 123/16 (dejure 2018,10466), **Rn. 35**: "Denn die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des Rechtsanwalts kann dementsprechend auch dann bestehen, wenn der Herausgabeanspruch des Auftraggebers gemäß § 667 BGB i. V. mit § 50 Abs. 2 S. 4 BRAO bereits durch Erfüllung erloschen ist; dies gilt sogar hinsichtlich solcher Unterlagen, die der Mandant zwar bereits erhalten hat, die aber bei ihm nachträglich verlorengegangen sind. ... Die Beklagten können sich dem Begehren nach Einsichtnahme nach Treu und Glauben nicht widersetzen, auch wenn sie meinen, dass das Mandatsverhältnis zu der Klägerin allein mit dem Ausscheiden der ehemaligen Vorstandsvorsitzenden J... ohne weitere Erklärungen beendet worden sei. Denn die anwaltliche Treuepflicht aus dem beendeten Mandatsverhältnis unterliegt keinen festen zeitlichen Schranken;"

32. **Der Anwalt kann die Einsicht auch nicht wegen Schweigepflicht oder eigenem schuldhaften Verhalten verweigern.** OLG Brandenburg, 11.04.2018 - 11 U 123/16 (dejure 2018,10466), **Rn. 36**: "Die anwaltliche Schweigepflicht der Beklagten steht der Erfüllung der vorbezeichneten Pflichten auch nicht entgegen. Keiner Bedeutung kann der Frage beigemessen werden, ***ob der beauftragte Rechtsanwalt durch die Offenlegung*** seiner Akten der Gefahr ausgesetzt würde, ***sich selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen zu müssen***. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das Auskunftsrecht des Auftraggebers gemäß § 666 BGB gerade dann besonders wichtig ist, wenn der Beauftragte gegen die ihm obliegenden Pflichten verstoßen hat, insbesondere wenn eine vorsätzliche treuwidrige Schädigung des Auftraggebers in Betracht kommt. Würde man solche Fälle von der Auskunftspflicht ausschließen, so würde § 666 BGB gerade bei besonders schweren Verstößen, die ihm vom Gesetz zugewiesene Aufgabe weitgehend nicht mehr erfüllen können. Dies kann nicht als gewollt unterstellt werden; vielmehr ist insoweit der Schutz des Auftraggebers vorrangig (BGH, DB 1990, 783 ff.)."

33. **Der Rechtsanwalt genießt nur für höchstpersönliche Wahrnehmungen und vertrauliche Hintergrundinformationen den Schutz der grundgesetzlichen Berufsfreiheit.** OLG Brandenburg, 11.04.2018 - 11 U 123/16 (dejure 2018,10466), **Rn. 37**: "Ein unmittelbar in den Schutzbereich des ***Art. 12 GG*** fallendes Geheimhaltungsinteresse des Anwalts gegenüber seinem Auftraggeber kann allerdings bei solchen Unterlagen bestehen, die ***höchstpersönliche Wahrnehmungen des Anwalts oder vertrauliche "Hintergrundinformationen"*** betreffen."

34. **Das erstrangige Interesse an voller Kontrolle kommt dem Auftraggeber zu.** OLG Brandenburg, 11.04.2018 - 11 U 123/16 (dejure 2018,10466), **Rn. 38**: "… Daher konnte das Mandatsverhältnis ihnen [Einzelpersonen der auftraggebenden Fa.] gegenüber zumindest nicht unmittelbar Schutzwirkung entfalten, soweit es um eine mögliche Kollision ihrer Interessen und derjenigen der Klägerin ging. Insoweit war vielmehr für die diese von vornherein erkennbar, dass ***im Konfliktfall die Interessen des Auftraggebers und die diesem gegenüber bestehende Treuepflicht des Anwalts den Vorrang haben müssten***. Dies gilt selbst dann, wenn bei der hier in Rede stehenden anwaltlichen Beratungstätigkeit die zu begutachtenden Rechtsfragen sich nicht in solche aufteilen lassen, die ausschließlich die juristische Person betreffen, und solche, die die Organmitglieder möglicherweise für sich persönlich in Anspruch genommen haben, so wie zum Beispiel Aufträge der ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Klägerin an die Beklagten "Ansprüche Vorstandsmitglied bei verweigerter Entlastung" oder "Auswirkungen der Entlastungsverweigerung auf das neue Dienstverhältnis" ....

Die Auskunftspflicht der Beklagten, soweit es um die Besorgung eben dieses Mandates geht, kann nicht aus Gründen, die in den Personen der handelnden Organmitglieder liegen, beeinträchtigt werden."

35. **Teilweise schon herausgegebene Handakten erschweren die Tenorierung eines Herausgabeurteils. Eine Aktenzeichenliste die auch streitig behauptet schon herausgegebene Teile (Erfüllungseinwand) umfasst, ist dennoch hinreichend vollstreckungsfähig.** AG Frankfurt/Main, 03.08.2016 - 31 C 998/16 (78) (dejure.org 2016,39992), **Kap. I, 1 Abs. 2+3**: "Problematik ergeben würde, dass zur Bezeichnung der herauszugebenden Schriftstücke etc. auf eine Definition zurückgegriffen wird, welche ihrerseits beinhaltet, dass bereits herausgegebene "Schriftstücke" i.S.v. § 50 Abs. [2, Satz] 4 Halbsatz 1 BRAO nicht umfasst sind. **[3]** Der Antrag und die Tenorierung sind auch hinreichend vollstreckungsfähig. …"

36. **Für den Umfang einer Teilrückgabe von Handakten ist der Rechtsanwalt beweisbelastet.** AG Frankfurt/Main, 03.08.2016 - 31 C 998/16 (78) (dejure.org 2016,39992), **Kap. I, 1, Abs. 4**: "Insoweit handelt es sich um einen Erfüllungseinwand gegenüber dem Herausgabeanspruch der Klägerin, für welchen der Beklagte seinerseits darlegungs- und beweisbelastet ist (vgl. OLG Köln, Urteil vom 16.12.1996, Az.: 12 U 141/96)."

37. **Der Mandant kann und muss von sich aus nicht wissen, was der Rechtsanwalt alles gefertigt oder erlangt hat.** AG Frankfurt/Main, 03.08.2016 - 31 C 998/16 (78) (dejure.org 2016,39992), **Kap. I, 2, b, Abs. 4**: "Dem Mandanten kann auch deshalb nicht die Darlegungs- und Beweislast auferlegt werden, weil ihm damit etwas abverlangt würde, was diesem nicht möglich ist. Dieser kann aus eigener Kenntnis nicht näher wissen, welche Schriftstücke der Rechtsanwalt möglicherweise für ihn gefertigt oder erhalten hat (vgl. OLG Köln, a.a.O.)."

38. **Die anlasslose Zurückbehaltung der Handakten bzw. Originalunterlagen stellt für den Rechtsanwalt ein gravierendes Fehlverhalten dar und kann, gerade in anhängigen Verfahren, zu einer erheblichen Schädigung des Mandanten führen.** BGH, 03.11.2014 - AnwSt (R) 5/14 (AnwBl 2015, 179), **Rn. 17**: "***Die anlasslose Zurückbehaltung der Handakten stellt*** auch, anders als der Anwaltsgerichtshof meint, ***ein gravierendes Fehlverhalten dar***. Der Mandant übergibt dem Rechtsanwalt seine Unterlagen zur Besorgung des Auftrags in dem Vertrauen, dass dieser - sein - Rechtsanwalt sich für ihn einsetzt und sich zumindest rechtmäßig verhält. Kommt es, aus welchen Gründen auch immer, zu einer Beendigung des Mandats und der Mandant verfolgt seine Rechtsangelegenheiten auf anderem Wege, etwa mit Hilfe eines anderen Rechtsanwalts weiter, kann er mit Fug und Recht erwarten, dass er seine dem früheren Bevollmächtigten ausgehändigten Originalunterlagen zurückerhält. ***Das Vorenthalten von Originalunterlagen kann, gerade in anhängigen Verfahren, zu einer erheblichen Schädigung des Mandanten führen.*** Ist der Rechtsanwalt hinsichtlich seiner Gebühren und Auslagen befriedigt, ist keinerlei Grund erkennbar, der ein solches Verhalten rechtfertigen könnte. Mit einer gewissenhaften Berufsausübung (§ 43 BRAO) ist es keinesfalls vereinbar, widerspricht vielmehr in hohem Maße dem Vertrauen, dass der frühere Mandant in den Rechtsanwalt gesetzt hatte."

39. **Der Rechtsanwalt hat die Handakte restlos herauszugeben und ist bezüglich der Begründung von Zurückbehaltungen darlegungspflichtig.** BGH, 17.05.2018 - IX ZR 243/17 (NJW 2018, 2319), **Ls.**: "Ein Rechtsanwalt ist grundsätzlich verpflichtet, seinem Mandanten auf Verlangen die gesamte Handakte herauszugeben. Soweit der Anwalt die Herausgabe mit Rücksicht auf Geheimhaltungsinteressen sonstiger Mandanten verweigert, hat er dies unter Angabe näherer Tatsachen nachvollziehbar darzulegen."

40. **Zu den heraus zu gebenden Unterlagen gehört der gesamte ein- und ausgegangene Schriftverkehr mit Ausnahme vertraulicher Hintergrundinformationen.** BGH, 17.05.2018 - IX ZR 243/17 (NJW 2018, 2319), **Rn. 12+15**: "a) ***Zu den nach § 667 BGB herauszugebenden Unterlagen gehören die Handakten des Rechtsanwalts*** (BGH, Urteil vom 30. November 1989 - III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 264; vom 3. November 2014 - AnwZ 72/13, NJW-RR 2015, 186 Rn. 11;

RGRK/Steffen, BGB, 12. Aufl., § 667 Rn. 12; Soergel/Beuthien, BGB, 13. Aufl., § 667 Rn. 11; Dauner-Lieb/Langen/Schwab, BGB, 3. Aufl., § 667 Rn. 7; Erman/Berger, BGB, 16. Aufl., § 667 Rn. 8). Diese Herausgabepflicht wird auch in § 50 BRAO vorausgesetzt (vgl. Henssler/Prütting/ Offermann-Burckart, BRAO, 4. Aufl., § 50 Rn. 27, 35 ff; Feuerich/Weyland/ Träger, BRAO, 9. Aufl., § 50 Rn. 17; Tauchert/Dahns in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl., § 50 BRAO Rn. 11; Kleine-Cosack, BRAO, 7. Aufl., § 50 Rn. 4). ***Dokumente***, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit ***von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten*** hat, hat er gemäß § 50 Abs. 1 BRAO seinem Auftraggeber auf Verlangen herauszugeben. Dabei fallen die Unterlagen, die dem Anwalt von seinem Auftraggeber ausgehändigt worden sind, unter die erste Alternative und der Schriftverkehr, den der Anwalt für seinen Auftraggeber geführt hat, unter die zweite Alternative des § 667 BGB. Aus der Geschäftsbesorgung erlangt ist daher insbesondere der gesamte dritt-gerichtete Schriftverkehr, den der Rechtsanwalt für den Auftraggeber erhalten und geführt hat, also sowohl die dem Rechtsanwalt ***zugegangenen Schriftstücke als auch Kopien eigener Schreiben*** des Rechtsanwalts. Die herauszugebenden Unterlagen umfassen auch Notizen über Besprechungen, die der Anwalt im Rahmen der Besorgung des Geschäfts geführt hat (BGH, Urteil vom 30. November 1989, aaO S. 265). **[15]** Eine Ausnahme hinsichtlich der Herausgabepflicht gilt für solche Un-terlagen, die nicht lediglich über das Tun im Rahmen der Vertragserfüllung Auf-schluss geben, sondern persönliche Eindrücke, die der Anwalt in den Gesprächen gewonnen hat, wiedergeben. Aufzeichnungen des Anwalts über derartige persönliche Eindrücke sind oft nützlich; sie sind im Zweifel jedoch nicht für die Einsicht durch den Mandanten bestimmt und eine solche wäre dem Anwalt auch nicht zumutbar. Ein Anwalt, der zur Herausgabe von Handakten verpflichtet ist, braucht daher nicht auch derartige Aufzeichnungen offenzulegen. Dar-über hinaus wird dem Anwalt bei der Ausführung des Mandats ein gewisser Freiraum zuzuerkennen sein, ***vertrauliche "Hintergrundinformationen"*** zu sammeln, die er auch und gerade im wohl verstandenen Interesse seines Mandanten sowie im Interesse der Rechtspflege diesem gegenüber verschweigen darf. Aufzeichnungen über derartige Vorgänge unterliegen nicht der Herausgabepflicht (BGH, aaO S. 265)."

41. **Die Verletzung der Schweigepflicht kann Vertragshaftung und deliktische Haftung nach sich ziehen.** BGH, 17.05.2018 - IX ZR 243/17 (NJW 2018, 2319), **Rn. 16**: "… Eine Verletzung der anwaltlichen Schweigepflicht kann eine Vertragshaftung des Rechtsanwalts aus § 280 Abs. 1 BGB, aber auch eine deliktische Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB begründen (Heinemann in Greger/Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Aufl., § 15 Rn. 3; Vill, aaO § 2 Rn. 340; Weinland, aaO Kap. 3 Rn. 18)."

42. **Bei mehreren Mandaten ist der Rechtsanwalt gesteigert darlegungspflichtig.** BGH, 17.05.2018 - IX ZR 243/17 (NJW 2018, 2319), **Rn. 24**: "Zudem ist eine erhöhte Darlegungspflicht der Beklagten geboten, weil es die anwaltlichen Berufspflichten verletzen kann, unterschiedliche Mandate betreffende Schriftsätze in einer Handakte zu vereinigen."

43. **Die lückenlose Pflicht des Führens der Handakte soll dem Mandanten den Beweis etwaigen anwaltlichen Fehlverhaltens sichern.** BGH, 17.05.2018 - IX ZR 243/17 (NJW 2018, 2319), **Rn. 25**"… ***Die Pflicht zur Anlegung der Handakte ist lückenlos*** (Henssler/Prütting/Offermann-Burckart, BRAO, 4. Aufl., § 50 Rn. 6, 11 f; Feuerich/Weyland/Träger, BRAO, 9. Aufl., § 50 Rn. 1; Tauchert/Dahns in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl., § 50 BRAO Rn. 3). Die Norm [§ 50 BRAO] bezweckt die Sicherstellung der ***Mindestvoraussetzung einer Verwaltungsstruktur*** für die anwaltliche Tätigkeit einerseits und die Schaffung eines Beweismittels für den Rechtsanwalt und seinen Mandanten andererseits. ***Die Regelung dient dem Schutz des Mandanten, der mit der Handakte ein Beweismittel für ein etwaiges Fehlverhalten des Anwalts erhält*** (Tauchert/Dahns, aaO). Die Führung einer Handakte für unterschiedliche Verfahren stellt darum regelmäßig einen Organisationsmangel des Rechtsanwalts dar (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Januar 1999 III ZB 44/98, NJWRR 1999, 716)."

44. **Der Streitwert auf Einsicht in Anwaltsakten im Umfang von 12 Leitz-Ordnern wurde auf 3.500 € bemessen.** OLG Brandenburg, 11.04.2018 - 11 U 123/16 (dejure 2018,10466), **Rn. 43**:

"Der ***Streitwert*** für das Berufungsverfahren wird entsprechend der Festsetzung in der Entscheidung des Landgerichts in Ermangelung anderer Anhaltspunkte [für 12 Leitz-Ordner einer großen Fa., siehe Rn. 34] bis zum 20.02.2017 auf 7.000,- € [wohl solange noch auch auf Herausgabe geklagt wurde] und ab dem 21.02.2018 auf ***3.500,- €*** [wohl seitdem nur noch auf Einsicht geklagt wurde] festgesetzt."

45. **Die vollständige Datenauskunft ist zum Zwecke weiterer Rechtsverfolgung sinn- und wertvoll. Sie hat neben der Handakte eine "gewisse" Relevanz.** OLG Köln, 17.08.2021 - 15 W 51/21 (MDR 2022, 61) **Tenor + Rn. 3**: "… die erstinstanzliche Wertfestsetzung [wird] dahingehend abgeändert, dass der Streitwert für die Datenauskunft (Klageantrag zu 1) auf 5.000 EUR (statt 500 EUR) festgesetzt wird. … der Senat sieht hier jedenfalls noch ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die beabsichtigte Auskunft (neben der Handakte) durchaus gewisse Relevanz hätte haben können … [und zwar auch wegen eines] etwaigen Regress gegen den Beklagten wegen anwaltlicher Schlechterfüllung bzw. jedenfalls zur Abwehr von dessen recht hohen Honorarforderungen … [was eine] auch sonst übliche - Wertfestsetzung [ist]."

46. **Handakten können in der Gerichtsverhandlung übergeben werden.** LG-Bonn, 01.07.2021 - 15 O 372/20 (dejure 2021,21651), **Rn. 10**: "Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 06.10.2020 hat der Beklagte dem Klägervertreter die Handakte übergeben. Daraufhin haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt."

47. **Handakten sind im Original herauszugeben.** LG-Leipzig, 23.12.2021 - 03 O 1268/21 (dejure 2021,55452), **Rn. 47**: "Die Klägerin übersieht, dass der Anspruch auf Herausgabe der Handakten aus § 667 BGB i.V.m. § 50 BRAO sich auf Herausgabe der Handakten im Original bezieht."

48. **Gerichtliche DSGVO-Auskunftsansprüche sind nicht teilbar. Eine Restloserklärung gehört selbstredend dazu.** LG-Bonn, 01.07.2021 - 15 O 372/20 (dejure 2021,21651), **Rn. 25 + 26**: "Die Voraussetzungen für eine zulässige teilweise Erledigungserklärung liegen nicht vor, weil der dahinter stehende Streitgegenstand nicht teilbar ist. Dies ist jedoch Voraussetzung für eine zulässige teilweise Erledigung (Musielak/Voit/Flockenhaus, 17. Aufl. 2020 Rn. 50, ZPO § 91a Rn. 50). Teilbarkeit ist nur anzunehmen, wenn der Rechtsstreit sich in abgrenzbare Teile zerlegen lässt, die jeweils zum Gegenstand eines selbstständigen Urteils gemacht werden können und der Ausspruch über diesen Teil unabhängig vom restlichen Verfahrensgegenstand getroffen werden könnte (Musielak/Voit/Musielak, 17. Aufl. 2020, ZPO § 301 Rn. 3). Die Datenauskunft hingegen kann nur einheitlich Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung sein, weil die Vollständigkeit der Auskunft nicht eine Frage der Anspruchsentstehung und -erfüllung, sondern der Durchsetzung im Vollstreckungsverfahren ist. ***Erfüllt kann der Anspruch erst dann sein, wenn der Verpflichtete erklärt, dass das Gelieferte die Auskunft im geschuldeten Gesamtumfang darstellen soll (vgl. BGH, NJW 2021, 765 Rn. 43, beck-online).*** … Hinreichend abgrenzbar ist allein der Anspruch auf Herausgabe der Handakte und der Abrechnungsdokumentation, weil dieser Anspruch nicht nur als Teil der Datenauskunft begehrt werden kann, sondern aufgrund des Anwaltsvertrags auch nach § 667 BGB iVm § 50 BRAO."

49. **Analog zum (am 26.02.2013 durch Inkrafttreten des § 630g BGB geänderten) Medizinrecht durfte auch der Rechtsanwalt zwanglos, deutlich und heimlich notieren, welchen Eindruck er vom Mandanten hat.** BGH, 23.11.1982 - VI ZR 222/79 (BGHZ 85, 327), **Rn. 24+25**: "Viel wichtiger ist in dem hier gegebenen Zusammenhang, dass viele Vertragsbeziehungen auch eine ***persönliche Komponente*** haben, die in den den Vertrag betreffenden Aufzeichnungen ihren Niederschlag finden. Auch solche Aufzeichnungen, etwa über persönliche Eindrücke bei Gesprächen mit dem Vertragspartner oder über die Motive für einen im Rahmen der Vertragsabwicklung getroffenen Entschluss, mögen teilweise zu einer ordnungsmäßigen Vertragserfüllung gegenüber dem Partner gehören. Sie werden aber nicht etwa mit dem Ziel gefertigt, sie ggf. dem Vertragspartner auch unmittelbar zur Kenntnis zu bringen, sondern sind in ihrer Fassung vielmehr oft von dem Bewusstsein geprägt, dass dieser zu ihnen keinen Zugang haben werde. Diese Aufzeichnungen können eben wegen dieser Erwartung oft einerseits ***zwangloser und andererseits deutlicher*** abgefasst werden, was dem

Interesse auch des Vertragspartners im Regelfall nicht entgegensteht, sondern förderlich ist. **[25]** 2. So ist selbst derjenige, der in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zur Rechenschaft verpflichtet ist, in der Regel nicht gehalten, auch weitere Unterlagen preiszugeben, die nicht nur über das Tun im Rahmen der Vertragserfüllung, sondern über dessen sachliche oder gar persönliche Motivation Aufschluss geben können. Eine besondere Bedeutung können solche zusätzlichen Aufzeichnungen etwa im Rahmen eines Anwaltsvertrages gewinnen, insbesondere wo es sich nicht um rein vermögensrechtliche Belange des Mandanten handelt. Aufzeichnungen des Anwalts über bei einem persönlichen Gespräch mit dem Mandanten gewonnene Eindrücke sind hier oft nützlich, aber sie sind im Zweifel nicht für die Einsicht durch den Mandanten bestimmt und eine solche wäre dem Anwalt auch nicht zumutbar. Es ist deshalb, soweit ersichtlich, einem Anwalt, der nach der Rechtslage zur Herausgabe seiner Handakten verpflichtet war, ***noch nie zugemutet worden, auch derartige Aufzeichnungen offenzulegen***."

2.5 Anwaltswechsel

50. Ein Anwaltswechsel kann bei Prozessen mit Anwaltszwang nur durch den Nachfolgeanwalt getätigt werden. BGH, 25.04.2007 - XII ZR 58/06 (1) (NJW 2007, 2124) **Ls.**: "Im Anwaltsprozess erlangt die Kündigung einer Vollmacht nach § 87 Abs. 1 ZPO dem Gegner und dem Gericht gegenüber erst durch die Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts rechtliche Wirksamkeit. …"

51. Auch nach Niederlegung des Mandats hat der Rechtsanwalt noch die Informationspflicht bezüglich erhaltener Zustellungen. BGH, 06.10.2011 - IX ZR 21/09 (dejure 2011,3065), **Rn. 3**: "Nach der Niederlegung des Mandats bleibt der Rechtsanwalt verpflichtet, seine frühere Partei über eine an ihn erfolgte Zustellung unverzüglich zu unterrichten. Darauf, dass der frühere Prozessbevollmächtigte die nachwirkende Pflicht ordnungsgemäß erfüllt, darf sich die Partei verlassen. ..."

52. Bei der Beauftragung eines Nachfolgeanwalts sollte man sich gut überlegen, ob man ihn (explizit auch) zur Beseitigung der Folgen der (bekannter Weise vollendeten) Fehler seines Vorgängers beauftragt. Der einfache Anwaltswechsel beinhaltet einen solchen Auftrag demgemäß noch nicht. BGH, 06.10.2011 - IX ZR 21/09 (dejure 2011,3065), **Rn. 8**: "***Rechtsanwälte, die nacheinander demselben Auftraggeber Schaden zugefügt haben, haften diesem grundsätzlich als Gesamtschuldner***, ohne dass sich der Geschädigte bei der Inanspruchnahme eines haftpflichtigen Anwalts den Schadensbeitrag des anderen Anwalts als Mitverschulden entgegenhalten lassen muss. ***Die Anrechnung eines Mitverschuldens des Mandanten setzt voraus, dass*** dieser sich des Zweitanwalts bedient hat, **um** eine im eigenen Interesse gebotene Obliegenheit zur Abwehr oder Minderung des Schadens zu erfüllen, der durch den in Anspruch genommenen Erstanwalt herbeigeführt wurde (BGH, Urteil vom 7. April 2005 - IX ZR 132/01, WM 2005, 1812, 1813 mwN), also, wenn ***der zweite Anwalt beauftragt ist, die Folgen des vom ersten Anwalts begangenen Fehlers zu beseitigen*** (BGH, Urteil vom 17. November 2005 - IX ZR 8/04, WM 2006, 592, 595 mwN)."

2.6 Schadenersatz aus anwaltlicher Pflichtverletzung

53. Die berechtigte Kündigung führt bei Ersatzbedarf zum Fortfall des Anwaltshonoraranspruchs. Der Kündigende muss aber die Berechtigung beweisen. OLG Rostock, 12.08.2008 - 1 U 157/08 (NJW-RR 2009, 492) **Ls. 1 – 3**: "**1.** Hat ein Rechtsanwalt die Kündigung eines geschlossenen Anwaltsvertrages durch vertragswidriges Verhalten veranlasst und muss der Auftraggeber des Rechtsanwalts einen anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen, führt dies zum Untergang des Vergütungsanspruchs des erstbeauftragten Anwalts, ohne dass es einer Aufrechnung des Auftraggebers mit Gegenforderungen bedarf. **2.** Der Rechtsanwalt vermag seine Anwaltspflichten bereits dadurch zu verletzen, wenn er der Bitte seines Mandanten um einen Besprechungstermin nicht nachkommt und untätig bleibt. **3.** Nach den allgemeinen Regeln tritt den Dienstberechtigten die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Dienstverpflichtete die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten veranlasst hat und dass das Interesse an dessen bisherigen Leistungen entfallen ist."

54. Für den Schadenersatz aus DSGVO-Pflichtverletzungen muss der Schaden "wenigstens spür-

bar" sein. LG-Bonn, 01.07.2021 - 15 O 372/20 (dejure 2021,21651), **Rn. 46**: "Unabhängig davon scheitert der Anspruch auch daran, dass ein Schaden nicht dargelegt ist. Allein dass die Klägerin auf die Datenauskunft „warten“ musste, kann auch nach dem Schadensmaßstab der DSGVO keinen ersatzfähigen Schaden begründen. Es muss auch bei einem immateriellen Schaden eine ***Beeinträchtigung*** eingetreten sein, die unabhängig von einer Erheblichkeitsschwelle ***wenigstens spürbar sein muss***. Andernfalls scheidet ein „Schaden“ begrifflich schon aus. Eine solche Spürbarkeit kann dem Vorbringen der Klägerin nicht entnommen werden."

55. **Unbekannt hohe Ansprüche führen bei anwaltlicher Versäumnis zu ebenso noch nicht bezifferbaren Regressansprüchen.** BGH, 24.05.2012 - IX ZR 168/11 (NJW 2012, 2180) **Rn. 35**: "Infolge des anwaltlichen Pflichtverstoßes hat die Klägerin ihren Zugewinnausgleichsanspruch gegen ihren Ehemann verloren und deswegen einen Nachteil erlitten, wie das Berufungsgericht ebenfalls richtig entschieden hat. … "

56. **Eine Regressklage gegen den Anwalt wegen einer von diesem verspätet (und zudem Stichtagsstreitigen) Stufenklage darf mit Grundurteil entschieden werden.** BGH, 24.05.2012 - IX ZR 168/11 (NJW 2012, 2180) **Rn. 36**: "Das Berufungsgericht durfte durch Grundurteil entscheiden (§ 304 ZPO). Zwischen den Parteien war unstreitig, dass der Klägerin gegen ihren Ehemann ein Zugewinnausgleichsanspruch zugestanden hatte. Streit bestand nur über die Höhe dieses Anspruchs. Dann aber durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, dass der Klägerin ***jedenfalls irgendein Schaden*** entstanden ist."

2.7 Die Beweislast von Pflichtverletzungen aus dem Anwaltsvertrag

57. **Die Beweislast anwaltlicher Pflichtverletzung liegt primär beim Mandanten. Es besteht keine explizite Dokumentationspflicht zur anwaltlichen Beratung. Ein pauschales Bestreiten fehlender Beratung genügt aber auch nicht.** OLG-Brandenburg, Urteil v. 25.01.2013 11_U_177/07 (dejure 2013,1119), **Kap. III, Abs. 6**: "In Rechtsstreitigkeiten wie der vorliegenden wird das berechtigte Interesse des Aufraggebers des Rechtsanwaltes, mit seiner Klage nicht infolge unerfüllbarer Beweisanforderungen zu scheitern, dadurch gewahrt, dass das Bestreiten des Anwaltes nur erheblich ist, wenn dieser konkret darlegt, wie die Beratung ausgesehen hat, die er erbracht haben will. ***Der Anwalt kann sich also nicht damit begnügen, den Vorwurf allgemein in Abrede zu stellen***. Vielmehr muss er den Gang der Besprechung schildern, insbesondere konkrete Angaben darüber machen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie der Mandant darauf reagiert hat (BGH, Urt. v. 09.06.1994, Az.: IX ZR 125/93). Die Anforderungen an die Substanziierung richten sich nach den Umständen des Einzelfalles. Keinesfalls wird verlangt, dass der Rechtsanwalt die Gespräche mit dem Mandanten nach Ort und Zeit genau einordnet. Grundsätzlich genügt die nähere Erläuterung, wie er die von ihm jeweils geschuldete Pflicht erfüllt haben will (BGH, Urt. v. 09.06.1994, Az.: IX ZR 125/93; Fischer in Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn. 958f, S. 545 jeweils m.w.N.). Ist dies geschehen, muss der klagende Mandant die von seinem früheren Berater gegebene Schilderung widerlegen."

58. **Nicht ausgehändigte Handakten vereiteln nicht den Beweis von Beratungsmängeln (zumindest, wenn sie dem Mandanten nicht gestohlen wurden).** OLG-Brandenburg, Urteil v. 25.01.2013 11_U_177/07 (dejure 2013,1119), **Kap. III, Abs. 7**: "Handakten des Rechtsanwalts im Sinne von § 50 Abs. 2 und 3 BRAO sind nur Schriftstücke, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten hat, nicht aber der Briefwechsel zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber und die Schriftstücke, die dieser bereits in Urschrift oder Abschrift erhalten hat (§ 50 Abs. 4 BRAO)."

59. **Die Beweislast der Anwaltsberatung kann z. T. auch beim Anwalt liegen.** BGH, 09.12.1999 - IX ZR 129/99 (NJW 2000, 1263) **Ls. b)**: "Der Rechtsanwalt, der seinen Auftraggeber pflichtwidrig nicht auf einen möglichen Regressanspruch und dessen Verjährung hingewiesen hat, muss beweisen, dass der Mandant nicht belehrungsbedürftig war."

60. **Auch die Beweislast für nicht durch den Mandanten begangene Pflichtverletzungen liegt (zu-**

mindest primär) beim Mandanten. Denn anwaltliche Dienste sind Vertrauens basierte Dienste der höheren Art, die ohne Angabe von Gründen von beiden Seiten gekündigt werden können. Macht der Anwalt davon Gebrauch und wird dadurch ein Teil seiner Gebühren für den Mandanten wertlos i.S.d. § 628 (1) S. 2 BGB, so ist der Mandant zum Nichtvorliegen eigener Pflichtverletzungen (primär) beweispflichtig und erst dann abzugsberechtigt. BGH, 17.10.1996 - IX ZR 37/96 (NJW 1997, 188), **S. 2**: "Der Dienstberechtigte trägt die Beweislast dafür, dass er die Kündigung durch den Dienstverpflichteten nicht durch eigenes vertragswidriges Verhalten veranlasst hat."

61. **Alternativ zum (eher schwierigen) Beweis der eigenen Schuldlosigkeit kann der Mandant auch Pflichtverletzungen des Anwalts geltend machen.** LG Bremen, 29.05.2020 - 4 S 102/19 (NJW-RR 2020, 1256), **Kap. II, Nr. 1, Abs. 3-6**: "Für den Fall der vorzeitigen Kündigung werden diese Regelung ergänzt durch § 628 BGB, der durch das RVG nicht ausgeschlossen wird (BGH, NJW-RR 2012, 294 m.w.N.). § 628 Abs. 1 S. 1 BGB regelt, dass im Falle der Kündigung des Dienstverhältnisses nach den §§ 626 BGB oder 627 BGB, der Verpflichtete, hier also der beauftragte Rechtsanwalt, einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen kann. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlasst zu sein, oder veranlasst er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm gemäß § 628 Abs. 1 S. 2 BGB ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. **[4]** Von einem entsprechenden Interessenwegfall für den Dienstberechtigten ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH dann auszugehen, wenn dieser die Leistung nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann, sie also für ihn nutzlos geworden ist. Einer entsprechenden Lage sieht sich der Auftraggeber eines Rechtsanwalts gegenüber, wenn er wegen einer von seinem bisherigen Rechtsanwalt grundlos ausgesprochenen Kündigung einen anderen Rechtsanwalt neu bestellen muss, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen. Die Aufwendungen für den zuerst bestellten Rechtsanwalt sind dann für den Auftraggeber nutzlos geworden, der Vergütungsanspruch geht unter (BGH, NJW-RR 2012, 294, 295; BGH, NJW 2009, 3297, 3300; BGH, BGHZ 174, 186, 192 = NJW 2008, 1307, 1308 f.; BGH, NJW 1997, 188, 189; BGH, NJW 1995, 1954; BGH, NJW 1985, 41; MüKoBGB/Henssler BGB, 8. Auflage 2020, § 628 Rn. 32-35). **[5]** ***Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast gilt, dass der Dienstpflichtige im Rahmen des Teilvergütungsanspruchs nach Abs. 1 S. 1 darlegen und beweisen muss, dass und welche Dienstleistungen bis zur Kündigung erfolgt sind.*** **[6]** § 628 Abs. 1 S. 2 BGB enthält einen Ausnahmetatbestand gegenüber Satz 1 dieser Vorschrift, wonach im Fall der Kündigung der Dienstverpflichtete grundsätzlich einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung zu beanspruchen hat. Das Vorliegen dieses Ausnahmetatbestands hat der Dienstberechtigte darzulegen und zu beweisen (BGH, NJW 1982, 437 (438); BGH, NJW 1997, 188, 189). Der Dienstberechtigte muss daher nachweisen, dass der Dienstverpflichtete ohne Veranlassung gekündigt hat ***oder die Kündigung des Dienstberechtigten durch vertragswidriges Verhalten veranlasst*** hat und dass an den Leistungen infolge der Kündigung für ihn kein Interesse besteht (MüKoBGB/Henssler BGB, 8. Auflage 2020 § 628 Rn. 48-49, beck-online)."

2.8 Anwaltszwang und seine Grenzen im Strafrecht - der Pflichtverteidiger

62. **Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers sind beschwerdefähig.** **OLG Stuttgart, 09.07.2007 - 4 Ws 223/07** (NStZ-RR 2008, 21), **Rn. 7**: "Das Landgericht wird daher über den Antrag zu befinden haben. Dieser ist zulässig, obgleich die Ablehnung der Pflichtverteidigerbestellung durch das Amtsgericht grundsätzlich für das gesamte Verfahren wirkt, es sei denn, die Sach- oder Rechtslage hat sich geändert (vgl. OLG Stuttgart Justiz 2004, 124 für das Wiederaufnahmeverfahren; Senatsbeschluss vom 18. März 2002 4 Ws 62/02 - für das Revisionsverfahren)."

63. **Für Beschwerden über die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist das übergeordnete Gericht zuständig.** **OLG Stuttgart, 09.07.2007 - 4 Ws 223/07** (NStZ-RR 2008, 21), Rn. 4: "Beschwerdegericht ist grundsätzlich das Gericht, das dem Gericht der angefochtenen Entscheidung nach dem Instanzenzug des GVG übergeordnet ist. ..."

2.9 Anwaltszwang und seine Grenzen - ansonsten

64. **Der Rechtsanwalt muss so umfassend, wie möglich vortragen.** BGH, 10.12.2015 - IX ZR 272/14 (NJW 2016, 957), **Ls.** : "Die Verpflichtung des Rechtsanwalts, die zugunsten seiner Partei sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte ***so umfassend wie möglich*** darzustellen, erfährt durch Grundsatz "iura novit curia" keine Einschränkung. ..."

65. **Arbeitsteilung im Zivilprozess: Die Partei erbringt den (meisten) Tatsachenstoff, der Anwalt leistet (zusätzlich) Überzeugungsarbeit. BGH, 10.12.2015 - IX ZR 272/14** (NJW 2016, 957), **Rn. 8**: "Im Zivilprozess ***obliegt die Beibringung des Tatsachenstoffs in erster Linie der Partei. Der*** für sie tätige ***Anwalt ist*** über den Tatsachenvortrag hinaus ***verpflichtet, den Versuch zu unternehmen, das Gericht davon zu überzeugen, dass und warum seine Rechtsauffassung richtig ist*** (BGH, Urteil vom 28. Juni 1990 - IX ZR 209/89, NJW-RR 1990, 1241, 1242; vom 20. Januar 1994 - IX ZR 46/93, NJW 1994, 1211, 1213). ..."

66. **Der Rechtsanwalt darf hilfreiches nicht unterdrücken und alles in Betracht kommende darlegen. BGH, 10.12.2015 - IX ZR 272/14** (NJW 2016, 957), **Rn. 8**: "… Daher muss der Rechtsanwalt alles – einschließlich Rechtsausführungen - vorbringen, was die Entscheidung günstig beeinflussen kann (BGH, Urteil vom 25. Juni 1974 - VI ZR 18/73, NJW 1974, 1865, 1866). ***Kann die Klage auf verschiedene rechtliche Gesichtspunkte gestützt werden, ist der Sachvortrag so zu gestalten, dass alle in Betracht kommenden Gründe im Rahmen der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten konkret dargelegt werden*** (BGH, Urteil vom 7. Februar 2002 - IX ZR 209/00, NJW 2002, 1413). …"

67. **In Prozesskostenhilfeverfahren, die aber nicht über die Sache selbst entscheiden gibt es keinen Vertretungszwang.** OVG Saarland, 28.09.2022 - 1 E 204/22 (dejure 2022,26393), **Ls. 1-3**: "Der Vertretungszwang vor dem Oberverwaltungsgericht gilt nicht für eine Anhörungsrüge in Bezug auf eine Verweisung eines Prozesskostenhilfeverfahrens.(Rn.2) **[2]** Als Endentscheidung kommt grundsätzlich auch ein Beschluss des Oberverwaltungsgerichts in Betracht, mit dem über die Verweisung eines Prozesskostenhilfeverfahrens instanzabschließend und unanfechtbar entschieden wird.(Rn.3) **[3]** Die Anhörungsrüge stellt keinen Rechtsbehelf zur Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung dar.(Rn.5)"

2.10 Beiordnung eines Rechtsanwaltes

68. **Auch den beigeordneten Rechtsanwalt kann man im begründeten (nicht mutwilligen) Fall wieder loswerden. OLG Köln, 13.03.1992 - 13 W 8/92** (FamRZ 1992, 966), **Ls. 1+2**: "Die bedürftige Partei, der gemäß § 121 Abs.1 ZPO ein Rechtsanwalt beigeordnet ist, ist berechtigt, die Aufhebung dieser Beiordnung zu beantragen. **[2]** Der Antrag der Partei, ihr statt des zunächst beigeordneten Rechtsanwalts einen anderen Anwalt beizuordnen, setzt regelmäßig voraus, daß dieses Begehren nicht mutwillig ist, § 114 S.1 ZPO."

69. **Das Recht auf einen selbst gewählten PKH-Anwalt umfasst auch das Recht, einen (ggf. erforderlich werdenden) Antrag auf Aufhebung der Beiordnung zu stellen, zu dessen Begründung bei PKH-Anwälten die fehlende Vertretungsbereitschaft des Rechtsanwalts genügt. OLG Köln, 13.03.1992 - 13 W 8/92** (FamRZ 1992, 966), **Rn. 19+23**: "Zu diesem Antrag ist die Beklagte trotz des Wortlauts von § 48 Abs. 2 BRAO, der nur von einem Antragsrecht des Anwalts auf Aufhebung der Beiordnung spricht, befugt. ***Diese Befugnis folgt aus § 121 Abs. 1 ZPO***, wonach grundsätzlich der Partei nur ein Rechtsanwalt ihrer Wahl beigeordnet werden darf. Wünscht die Partei nicht mehr die Beiordnung des zunächst gewählten Anwalts, so muss sie aus eigenem Recht die Aufhebung erreichen können. Andernfalls könnte der beigeordnete Anwalt, der selbst einen Aufhebungsantrag nicht stellt, die Partei an seiner Beiordnung festhalten. Hierfür ist ein Grund nicht ersichtlich. Das Wahlrecht der Partei bedeutet nach Auffassung des Senats auch, dass ihr kein Anwalt im Wege der Beiordnung aufgezwungen bleiben darf ungeachtet des Umstandes, dass durch die Beiordnung noch kein Vertragsverhältnis zwischen der Partei und dem beigeordneten Anwalt zustande kommt (so auch OLG Koblenz, FamRZ 1986, 375; a.A. OLG Frankfurt MDR 1989, 168,

Zöller-Schneider, ZPO, 16. Aufl., Rn. 35 zu § 121). **[23]** … ***Ist der beigeordnete Rechtsanwalt zu einer weiteren Tätigkeit für die vertretene Partei nicht mehr bereit***, muss die Beiordnung ungeachtet der Gründe, die zur Mandatsniederlegung geführt haben, aufgehoben werden. Denn die Beiordnung soll sicherstellen, dass die Partei ordnungsgemäß vertreten ist. Deshalb ist der beigeordnete Rechtsanwalt auch grundsätzlich verpflichtet, die Vertretung der Partei zu übernehmen, vgl. § 48 Abs. 1 BRAO."

70. **Prozesskostenhilfeverfahren (PKH) werden gegenüber den Gegnern diskret geführt.** BGH, 29.04.2015 - XII ZB 214/14 (NJW 2015, 1827), **Ls. + Rn. 12**: "§ 117 Abs. 2 Satz 2 ZPO gewährt dem Gegner eines Antrags auf Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe kein subjektives Recht auf Akteneinsicht in die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers. **[12]** Im Übrigen ist der Gegner, soweit es im Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfeverfahren um die Prüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen geht, von vornherein kein Beteiligter mit eigenen Verfahrensrechten (BGHZ 89, 65, 67 = FamRZ 1984, 373, 374), sondern steht, wenn er die Einsicht in die Unterlagen beantragt, einem "Dritten" im Sinne des § 299 Abs. 2 ZPO gleich. Über ein solches Einsichtsgesuch hat - jedenfalls nach Abschluss des Verfahrens - die Gerichtsverwaltung zu entscheiden."

71. **Auch querulatorisch anmutende Vielschreiber haben Anspruch auf Rechtsschutz. Dieses mag zur Notwendigkeit einer Beiordnung führen, nicht aber zur Aussichtslosigkeit eines Obsiegens. BVerfG, 27.12.2002 - 1 BvR 1710/02** (dejure 2002,17740), **Abs. 9+21**: "2. a) Der Verwaltungsgerichtshof lehnte den Antrag ab. Zwar bestehe für die Berufungsbegründung Vertretungszwang durch einen Rechtsanwalt, und es sei auch davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nachgewiesen habe, dass er keinen zur Vertretung bereiten Rechtsanwalt habe finden können. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung erscheine aber aussichtslos. ***Aussichtslosigkeit liege vor, wenn*** ein günstiges Ergebnis auch bei anwaltlicher Vertretung ganz offenbar nicht erreicht werden könne. Wegen der ***querulatorischen Art und Weise*** des Vorbringens des Beschwerdeführers sei davon auszugehen, dass es einem beigeordneten Notanwalt nicht möglich sei, mit einem zumutbaren Aufwand die Voraussetzungen für eine sachgerechte Prozessführung herbeizuführen. Der Beschwerdeführer habe selbst ausgeführt, dass ***ein ihm beizuordnender Anwalt sich in seine Ausführungen, die derzeit ungefähr 10.000 Seiten umfassten, einarbeiten müsse***. **[21]** Mit der Begründung, die Rechtsverfolgung des Beschwerdeführers erscheine aussichtslos, setzt sich der Verwaltungsgerichtshof nämlich in einen ***unauflösbaren Widerspruch zu seinem vorangegangenen Beschluss***, mit dem er die Berufung des Beschwerdeführers zugelassen hat. Wenn es Gründe gibt, die Berufung zuzulassen, kann es nicht aussichtslos sein, das Berufungsverfahren durchzuführen. Der Verwaltungsgerichtshof hat auch nicht zum Ausdruck gebracht, dass er an der Begründung des die Berufung zulassenden Beschlusses nicht mehr festhalten will. ***Wenn der Verwaltungsgerichtshof zur Begründung ausführt, dass es für einen Anwalt sehr schwer sein dürfte, sich in den Prozessstoff einzuarbeiten, so greift er einen Umstand auf, der dazu geführt hat, dass ein Antrag auf Beiordnung eines Notanwalts gestellt werden musste, begründet damit die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung aber nicht.*** Auch auf die Auffassung des Beschwerdeführers, sein Anwalt müsse sich in seine Aufzeichnungen von ungefähr 10.000 Blatt einarbeiten, kann es dabei nicht ankommen. Jeder vernünftige Anwalt wird zunächst auf die vorliegenden gerichtlichen Entscheidungen, vor allem auf den die Berufung zulassenden Beschluss, zurückgreifen und sich im Übrigen im Wesentlichen auf die anwaltliche Begründung stützen, die erfolgreich zur Zulassung der Berufung geführt hat. Es ist anerkannt, dass es zur Begründung der verwaltungsgerichtlichen Berufung unter Umständen sogar ausreichen kann, allein auf die bereits im Zulassungsantrag enthaltene Begründung zu verweisen (vgl. BVerwGE 107, 117 [121])."

3 Äußerungsrecht

3.1 Äußerungsrecht über identifizierbare Personen, z. B. Straftäter oder Rechtsanwälte

72. **Was wahr ist, darf in der Regel auch gesagt werden. BVerfG, 10.06.2009 - 1 BvR 1107/09** (NJW 2009, 3357), **Rn. 17**: "Bei Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften müs-

sen die zuständigen Gerichte allerdings die betroffenen Grundrechte interpretationsleitend berücksichtigen, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf Ebene der Rechtsanwendung gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198 <205 ff.>; 85, 1 <16>; 114, 339 <347 f.>). Dies verlangt in der Regel eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange, die im Rahmen der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale des einfachen Rechts vorzunehmen ist und die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen hat (vgl. BVerfGE 99, 185 <196>; 114, 339 <348>). Das Ergebnis dieser Abwägung lässt sich nicht generell und abstrakt vorwegnehmen. In der Rechtsprechung ist allerdings eine Reihe von Gesichtspunkten entwickelt worden, die Leitlinien für die konkrete Abwägung vorgeben (vgl. BVerfGE 93, 266 <293>; 99, 185 <196>). So müssen ***wahre Tatsachenbehauptungen in der Regel hingenommen werden, unwahre dagegen nicht*** (vgl. BVerfGE 94, 1 <8>; 97, 391 <403>; 99, 185 <196>)."

73. **Auch das Interesse an der Verbreitung von Wahrheiten muss auf seine Verhältnismäßigkeit überprüft werden.** **BVerfG, 10.06.2009 - 1 BvR 1107/09** (NJW 2009, 3357), **Rn. 17**: "Jedoch können auch wahre Berichte das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dann verletzen, wenn die Darstellung einen ***Persönlichkeitsschaden anzurichten droht, der außer Verhältnis*** zu dem Interesse an der Verbreitung der Wahrheit steht (vgl. BVerfGE 97, 391 <403 f.>; 99, 185 <196 f.>). Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Aussagen, obschon sie wahr sind, geeignet sind, eine erhebliche Breitenwirkung zu entfalten und eine besondere Stigmatisierung des Betroffenen nach sich zu ziehen, so dass sie zum Anknüpfungspunkt für eine soziale Ausgrenzung und Isolierung zu werden drohen (vgl. BVerfGE 97, 391 <404 f.>)."

74. **Straftaten und deren Wiederholungsgefahr begründen öffentliches Interesse an Tat und Tätern.** **BVerfG, 10.06.2009 - 1 BvR 1107/09** (NJW 2009, 3357), **Rn. 18**: "Auf der anderen Seite sprechen erhebliche Erwägungen für eine auch die Person des Täters einbeziehende vollständige Information der Öffentlichkeit über vorgefallene Straftaten und die zu ihrer Entstehung führenden Vorgänge (vgl. BVerfGE 35, 202 <230 f.>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 1993 - 1 BvR 172/93 -, NJW 1993, S. 1463 <1464>; 13. Juni 2006 - 1 BvR 565/06 -, NJW 2006, S. 2835). ***Straftaten gehören zum Zeitgeschehen, dessen Vermittlung Aufgabe der Presse ist. Die Verletzung der Rechtsordnung*** und die Beeinträchtigung individueller Rechtsgüter, die Sympathie mit den Opfern, die ***Furcht vor Wiederholungen*** solcher Straftaten und das Bestreben, dem vorzubeugen, begründen ein anzuerkennendes ***Interesse an näherer Information über Tat und Täter***. Dieses wird umso stärker sein, je mehr sich die Tat in Begehungsweise und Schwere von der gewöhnlichen Kriminalität abhebt. Bei schweren Gewaltverbrechen ist daher ein über bloße Neugier und Sensationslust hinausgehendes Informationsinteresse an näherer Information über die Tat und ihren Hergang, über die Person des Täters und seine Motive sowie über die Strafverfolgung anzuerkennen (vgl. BVerfGE 35, 202 <231>)."

75. **Bei der Abwägung bezüglich der identifinzierenden Berichterstattung genießt bei Straftaten im Allgemeinen das Informationsinteresse den Vorrang.** **BVerfG, 10.06.2009 - 1 BvR 1107/09** (NJW 2009, 3357), **Rn. 19**: "Wägt man dieses Interesse mit der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts, die mit der identifizierenden Berichterstattung über Verfehlungen des Betroffenen verbunden ist, ab, verdient für die tagesaktuelle Berichterstattung über Straftaten das Informationsinteresse im Allgemeinen den Vorrang (vgl. BVerfGE 35, 202 <231>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 1993 - 1 BvR 172/93 -, NJW 1993, S. 1463 <1464>; 13. Juni 2006 - 1 BvR 565/06 -, NJW 2006, S. 2835)...."

76. **Aus anwaltlichen Schreiben darf wörtlich zitiert werden.** **BVerfG, 18.02.2010 - 1 BvR 2477/08** (NJW 2010, 1587), **Rn. 21**: "Die Verurteilung zur Unterlassung wörtlicher Zitate aus anwaltlichen Schreiben des Klägers verletzt den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit. In dessen Schutzbereich fallen außer Werturteilen auch Tatsachenbehauptungen, sofern sie zur Bildung von Meinungen beitragen können (vgl. BVerfGE 61, 1 <8>; 71, 162 <179>; 99, 185 <197>, stRspr.). Dies ist bei einem Zitat wie dem hier streitgegenständlichen ersichtlich der Fall, denn die Wiedergabe der ablehnenden Antwort war – wovon auch die Gerichte ausgegangen sind - geeignet,

zu einer Bewertung des Klägers beizutragen."

77. **Der Sinn darf nicht mithilfe von Auslassungen verdreht werden.** **BVerfG, 18.02.2010 - 1 BvR 2477/08** (NJW 2010, 1587), **Rn. 27**: "Werden dem Leser Tatsachen mitgeteilt, aus denen er erkennbar eigene wertende Schlussfolgerungen ziehen soll, so dürfen dabei keine wesentlichen Umstände verschwiegen werden, die geeignet sind, den Vorgang in einem anderen Licht erscheinen zu lassen (vgl. BVerfGE 12, 113 <130 f.>; 114, 339 <353 f.>; BGH, Urteil vom 22. November 2005 - VI ZR 204/04 -, NJW 2006, S. 601 <603>)."

78. **Beim Zitieren darf der Inhalt nicht entstellt werden.** **BVerfG, 03.06.1980 - 1 BvR 797/78** (NJW 1980, 2072), **Rn. 33**: "… Zu Recht hebt der Bundesgerichtshof in der angegriffenen Entscheidung hervor, dass derjenige, der zitiere, seine Kritik nicht derart in das Zitat einfließen lassen dürfe, dass es den Inhalt des Gesagten entstellt wiedergebe. Dies verstieße gegen das Recht der zitierten Person am eigenen Wort, zu dem es gehört, selbst zu bestimmen, wie sie sich Dritten oder der Öffentlichkeit gegenüber darstellen will (vgl. BGHZ 13, 334 [338 f.] - Schacht-Brief)."

79. **Das Zitat ist eine scharfe Waffe, insbesondere öffentlich.** **BVerfG, 03.06.1980 - 1 BvR 797/78** (NJW 1980, 2072), **Rn. 38**: "Das Zitat als Beleg für eine kritische Wertung ist, wie dargelegt, eine besonders scharfe Waffe des Meinungskampfes, die geeignet ist, nachhaltig in das Persönlichkeitsrecht des Kritisierten einzugreifen. In verstärktem Maße gilt dies, wenn die Kritik in der Presse, im Rundfunk, namentlich aber im Fernsehen mit seiner erheblichen Breitenwirkung geäußert wird. ..."

80. **Die Frage, ob eine Äußerung als Meinung oder Tatsachenbehauptung zu werten ist, muss im Gesamtkontext beantwortet werden.** **BVerfG, 24.07.2013 - 1 BvR 444/13** (StV 2014, 540), **Rn. 18**: "Bei der Frage, ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach als Meinungsäußerung oder als Tatsachenbehauptung anzusehen ist, ***kommt es entscheidend auf den Gesamtkontext der fraglichen Äußerung an. Die isolierte Betrachtung eines umstrittenen Äußerungsteils wird den Anforderungen an eine zuverlässige Sinnermittlung regelmäßig nicht gerecht*** (vgl. BVerfGE 93, 266 <295>). Auch ist im Einzelfall eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile einer Äußerung nur zulässig, wenn dadurch ihr Sinn nicht verfälscht wird. Wo dies nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden, weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte (vgl. BVerfGE 61, 1 <9>; 90, 241 <248>)."

81. **Ein Rechtsamt darf mit den Namen der Mitarbeiter zutreffend und scharf kritisiert werden. Gerichte dürfen dabei nicht einzelne Passagen für strafbar erachten und dabei den Schwerpunkt der Äußerung außer Acht lassen. Die sinntrennende und sinnverfälschende Auslegung ist verboten.** **BVerfG, 24.07.2013 - 1 BvR 444/13** (StV 2014, 540), **Rn. 4+19**: "… [zunächst der für strafwürdig erachtete einleitende Satz:] '***In diesem Jahr geht der DENKZETTEL für strukturellen und systeminternen Rassismus zum Antirassismus-Tag 2010 an das Rechtsamt der Stadt B.***' … Hintergrund: Es ist ***völlig unverständlich***, wie eine solche Unterstellung nach 10 Jahren noch immer zustande kommt, zumal fachärztliche Atteste der Ausländerbehörde vorliegen, welche Herrn C. seine völlige Gehörlosigkeit bescheinigen, abgesehen davon, dass die Argumentation des Rechtsamts jeglicher Logik entbehrt. Außerdem unterstellt das Rechtsamt Herrn C., dass er seine Heimatsprache in Schriftform beherrscht, was daraus abgeleitet wird, dass er in der Lage war, deutsche Buchstaben zu erlernen. (…) Dem Flüchtlingsrat B. fehlt jegliches Verständnis dafür, wie solche realitätsfernen und ***jeglicher Logik entbehrenden*** Rückschlüsse aus Akten getroffen und zur Beurteilung einer Situation eines Menschen herangezogen werden. Aufgrund dieser ***unmenschlichen diskriminierenden*** und jegliche Tatsachen ignorierende Umgangsweise mit dem Flüchtling Herrn C. wird ***der diesjährige Denkzettel*** für strukturellen und systemimmanenten Rassismus dem Rechtsamt B., und hier ***der Sachbearbeiterin Frau B.*** [im Original mit vollem Nachnamen] verliehen. **[19]** Auch finden sich in der anschließenden - ***im Kern zutreffenden - Schilderung des Hintergrunds*** neben der Wiedergabe des tatsächlichen Geschehens wertende Begriffe wie „völlig unverständlich", „jeglicher Logik entbehrend" oder „unmenschlich diskriminierend". Mit diesen Begriffen steht der für strafwürdig erachtete einleitende Satz bei Vornahme der gebotenen objektivierenden Betrach-

tung in einem vorrangigen inhaltlichen Zusammenhang. ***Dies verkennen die Gerichte, wenn sie zunächst den einleitenden Satz aus dem Gesamtkontext isolieren, um ihn sodann mit der Nennung der Sachbearbeiterin am Ende des Textes zu verknüpfen***, und wenn sie daraus schlussfolgern, dass die Beschwerdeführer - zumindest dem Schwerpunkt nach - die dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung aufgestellt hätten, dass die konkrete Sachbearbeiterin absichtlich und wissentlich vor dem Verwaltungsgericht Tatsachen verschwiegen beziehungsweise eine falsche Stellungnahme abgegeben habe. ***Diese Auslegung ist sinntrennend und sinnverfälschend und wird daher den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.***"

82. **Das Recht, Maßnahmen der öffentlichen Gewalt ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen auch scharf kritisieren zu können, gehört zum Kernbereich der Meinungsfreiheit. BVerfG, 24.07.2013 - 1 BvR 444/13** (StV 2014, 540), **Rn. 23**: "dass das Recht, Maßnahmen der öffentlichen Gewalt ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen auch scharf kritisieren zu können, zum Kernbereich der Meinungsfreiheit gehört und deren Gewicht insofern besonders hoch zu veranschlagen ist (vgl. BVerfGE 93, 266 <293>). … Dabei erlaubt es die Meinungsfreiheit insbesondere nicht, die Beschwerdeführer auf das zur Kritik am Rechtsstaat Erforderliche zu beschränken und ihnen damit ein Recht auf polemische Zuspitzung abzusprechen."

83. **Meinungs(-Äußerungs-)freiheit nach Art. 5 (1) GG umfasst auch das Selbstbestimmungsrecht der Kommunikationsform. In soweit darf auch ein Internetbetreiber öffentlich zur Rede stellen. BVerfG, 18.02.2010 - 1 BvR 2477/08** (NJW 2010, 1587), **Rn. 28**: "Zwar handelt es sich bei dem - hier als gering erachteten - öffentlichen Informationsinteresse um einen wesentlichen Abwägungsfaktor in Fällen einer Kollision der grundrechtlich geschützten Äußerungsinteressen einerseits und der Persönlichkeitsbelange des von der Äußerung Betroffenen andererseits. Dies bedeutet aber nicht, dass die Meinungsfreiheit nur unter dem Vorbehalt des öffentlichen Interesses geschützt wäre und von dem Grundrechtsträger nur gleichsam treuhänderisch für das demokratisch verfasste Gemeinwesen ausgeübt würde. Vielmehr gewährleistet das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG primär die ***Selbstbestimmung*** des einzelnen Grundrechtsträgers über die Entfaltung seiner Persönlichkeit in ***der Kommunikation*** mit anderen. Bereits hieraus bezieht das Grundrecht sein in eine Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einzustellendes Gewicht, das durch ein mögliches öffentliches Informationsinteresse lediglich weiter erhöht werden kann. Angesichts dessen stellt es eine verfassungsrechtlich bedenkliche Verkürzung dar, wenn die Gerichte dem Kläger vorliegend allein deshalb einen Unterlassungsanspruch zuerkannt haben, weil dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht das Informationsinteresse der Öffentlichkeit überwiege."

84. **Ein auf Unterlassung einer Wortberichterstattung klagender Anwalt, der einen Fußballspieler gegen Berichte im "Spiegel" vertrat, konnte keinen verletzten Schutzbereich seiner Persönlichkeitsrechte in Anspruch nehmen. Auch ein Bestimmungsrecht über das Anwaltsschreiben tritt gegenüber dem Freiheitsrecht der Presse zurück, denn sonnst könnte dieser seine Verbote einseitig, frei und also auch weit über das Persönlichkeitsrecht hinausreichend verhängen.** BGH, 26.11.2019 - VI ZR 12/19 (NJW 2020, 770), **Rn. 11, 13, 14 + 33**: "… Dem Kläger steht wegen der beanstandeten Äußerungen ein Unterlassungsanspruch ***unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu***. … So sind als Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ***anerkannt unter anderem die Privatsphäre, Geheimsphäre und Intimsphäre, die persönliche Ehre, das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, das Recht am eigenen Bild und am gesprochenen Wort und unter bestimmten Umständen das Recht, von der Unterschiebung nicht getaner Äußerungen*** … b) Im Streitfall ist der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ***weder als Recht***, von der ***Unterschiebung*** nicht getaner Äußerungen verschont zu bleiben (BVerfGE 54, 148, 153 f. - Eppler), noch in seinen Ausprägungen der ***Berufsehre*** und der ***sozialen Anerkennung*** (vgl. Senatsurteil vom 27. September 2016 - VI ZR 250/13, AfP 2017, 48 Rn. 17 mwN), in seiner Ausprägung als Recht auf ***informationelle Selbstbestimmung*** (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 - 1 BvR 16/13, Rn. 83 ff.; Senatsurteil vom 5. November 2013 - VI ZR 304/12, BGHZ 198, 346 Rn. 11 mwN) oder in seiner Ausprägung als Schutz der ***Vertraulichkeits- und Geheimsphäre*** (vgl. Senatsurteil vom 30. September 2014 - VI ZR 490/12, NJW 2015, 782 Rn. 15 mwN)

betroffen. ***In Betracht kommt allein***, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers in seiner Ausprägung als ***Bestimmungsrecht des Autors über die Veröffentlichung*** eines von ihm verfassten Schreibens berührt ist (vgl. BVerfG NJW 1991, 2339, juris Rn. 16) … ***[und auch dieses besteht dort vorliegend nicht, denn:]*** Ein absolutes Recht, über die Weitergabe der Information, mit welchem Inhalt er sich an die Zeitschrift gewandt habe, zu bestimmen, steht dem Kläger nach den oben ausgeführten Grundsätzen entgegen der Ansicht der Revision nicht zu … ***[denn:] Würde man einer solchen Erklärung Bedeutung beimessen, könnte jeder*** zu Lasten der dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gegenüberstehenden Freiheitsrechte Dritter (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 - 1 BvR 16/13 Rn. 81 f.) durch einseitige Erklärung zu seinen Gunsten einen Persönlichkeitsschutz begründen, der über die Gewährleistungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Spannungsverhältnis zwischen Schutz und Freiheit hinausreicht."

85. **Das Persönlichkeitsrecht eröffnet keinen Anspruch auf Löschung nach freier Wahl.** BVerfG, 06.11.2019 - 1 BvR 16/13 (NJW 2020, 300), **Ls. 2c)**: "Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt kein Anspruch, alle personenbezogenen Informationen, die im Rahmen von Kommunikationsprozessen ausgetauscht wurden, aus dem Internet entfernen zu lassen. Insbesondere gibt es kein Recht, öffentlich zugängliche Informationen nach freier Entscheidung und allein eigenen Vorstellungen zu filtern und auf die Aspekte zu begrenzen, die Betroffene für relevant oder für dem eigenen Persönlichkeitsbild angemessen halten."

86. **Gerichte dürfen Äußerungen nicht verdrehen. BVerfG, 09.10.1991 - 1 BvR 1555/88** (NJW 1992, 1439), **Rn. 43**: "Handelt es sich um Eingriffe in die Meinungsfreiheit, kann das allerdings schon bei unzutreffender Erfassung oder Würdigung einer Äußerung der Fall sein. ***Der Einfluß des Grundrechts wird verkannt, wenn Gerichte der Verurteilung eine Äußerung zugrunde legen, die so nicht gefallen ist, wenn sie ihr einen Sinn geben, die sie nach dem festgestellten Wortlaut objektiv nicht hat, oder wenn sie sich unter mehreren objektiv möglichen Deutungen für die zur Verurteilung führende entscheiden, ohne die anderen unter Angabe überzeugender Gründe auszuschließen*** (vgl. BVerfGE 43, 130 (136 f.) [BVerfG 07.12.1976 - 1 BvR 460/72]; 82, 43 (52 f.); 82, 272 (280 f.)). Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit sind ferner verkannt, wenn die Gerichte eine Äußerung unzutreffend als Tatsachenbehauptung, Formalbeleidigung oder Schmähkritik einstufen mit der Folge, daß sie dann nicht im selben Maß am Schutz des Grundrechts teilnimmt wie Äußerungen, die als Werturteil ohne beleidigenden oder schmähenden Charakter anzusehen sind (vgl. BVerfGE 60, 234 (242) [BVerfG 20.04.1982 - 1 BvR 426/80]; 61, 1 (10) [BVerfG 22.06.1982 - 1 BvR 1376/79]; 82, 43 (51); 82, 272 (281) [BVerfG 26.06.1990 - 1 BvR 1165/89]). Sachverhaltsfeststellungen und Rechtsanwendungen dieses Inhalts können den Zugang zu dem grundrechtlich geschützten Bereich von vornherein verstellen. Daher müssen sie vom Bundesverfassungsgericht in vollem Umfang überprüfbar sein, wenn der Schutz der Meinungsfreiheit nicht unzuträglich verkürzt werden soll (vgl. BVerfGE 43, 130 (136 f.) [BVerfG 07.12.1976 – 1 BvR 460/72]; 54, 208 (215) [BVerfG 03.06.1980 - 1 BvR 797/78]; 82, 272 (281) [BVerfG 26.06.1990 - 1 BvR 1165/89])."

3.2 Äußerungsrechtliche Schutzansprüche

87. **Der Schutz vor Verleumdung liegt in den äußerungsrechtlichen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.** BVerfG, 06.11.2019 - 1 BvR 16/13 (NJW 2020, 300), **Ls. 2a)**: "Der verfassungsrechtliche Maßstab für den Schutz gegenüber Gefährdungen durch die Verbreitung personenbezogener Berichte und Informationen als Teil öffentlicher Kommunikation liegt in den äußerungsrechtlichen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nicht im Recht auf informationelle Selbstbestimmung."

88. **Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet die Einflussnahme auf Kontext und Weise von der eigenen Person geltenden Zuschreibungen.** BVerfG, 06.11.2019 - 1 BvR 16/13 (NJW 2020, 300), **Ls. 3)**: "Von den äußerungsrechtlichen Schutzdimensionen ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als eine eigene Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu unterscheiden. Auch dieses kann im Verhältnis zwischen Privaten Bedeutung entfalten.

Seine Wirkungen unterscheiden sich hier von denen unmittelbar gegenüber dem Staat. Es gewährleistet hier die Möglichkeit, in differenzierter Weise darauf Einfluss zu nehmen, in welchem ***Kontext und auf welche Weise*** die eigenen Daten anderen zugänglich sind und von ihnen genutzt werden, und so ***über der eigenen Person geltende Zuschreibungen selbst substantiell mitzuentscheiden***."

89. **Das Freiheitsrecht der Äußerung ist mit den Schutzrechten der Persönlichkeit insbesondere auch im Hinblick auf die Auswirkungen der durch sie (noch) bestehenden Beeinträchtigungen abzuwägen.** BVerfG, 06.11.2019 - 1 BvR 16/13 (NJW 2020, 300), **Rn. 121)**: "Je stärker die Verbreitung zurückliegender Berichte das Privatleben und die Entfaltungsmöglichkeiten der Person als ganze beeinträchtigen, desto größeres Gewicht kann einem Schutzanspruch zukommen."

90. **Beachtliche Beeinträchtigungen können lange fortdauern.** BVerfG, 06.11.2019 - 1 BvR 16/13 (NJW 2020, 300), **Rn. 131)**: "Demgegenüber richtet sich das berechtigte Interesse des Betroffenen weniger gegen die Vorhaltung der ursprünglich rechtmäßigen Berichte als Grundlage sachbezogener Recherchen als dagegen, mit diesen ***im Lebensalltag immer neu konfrontiert zu werden***."

3.3 Maßstab des Erlaubten (oder: wo die Schmähkritik anfängt)

91. **Auch (rhetorische) Fragen können rechtlich als Tatsachenbehauptungen zu behandeln sein und können unwahren Falls Persönlichkeitsrechte anderer verletzen. Für die Einordnung als Tatsachenbehauptung muss im Zweifel auch der Kontext mit einbezogen werden.** BGH, 09.12.2003 - VI ZR 38/03 (NJW 2004, 1034), **Tatbestand, Kap. II 1. + Kap. II 1.a.**: "Die Beklagte hat in der von ihr verlegten Tageszeitung "Bild" auf der Titelseite der Ausgabe vom 22. September 2000 sowie auf Seite 4 über ein Interview mit dem bekannten Unterhaltungskünstler Udo Jürgens in dem Magazin "Playboy" berichtet, in dem dieser über sein Verhältnis zu Frauen und insbesondere zur Klägerin befragt worden war. Der Artikel wies in großer Schrift die Schlagzeile auf: "Udo Jürgens Im Bett mit Caroline?“ Darunter etwas kleiner im Untertitel: „In einem Playboy-Interview antwortet er eindeutig zweideutig." … ***Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten den Wortlaut der begehrten Richtigstellung geringfügig geändert und auf die Anschlußberufung der Klägerin die Beklagte zu einer immateriellen Entschädigung von 20.000 € verurteilt***. … **[Kap. II 1.]** Vergeblich macht die Revision geltend, die Äußerung sei einer Richtigstellung nicht zugänglich, weil es sich um eine "echte" Frage handle, die den Lesern die Auswahl zwischen mehreren möglichen Antworten belasse, weil sie offenlasse, ob es zwischen Udo Jürgens und der Klägerin zu Intimitäten gekommen sei. **[Kap. II 1.a)]** … ***Ist ein Fragesatz nicht auf eine Antwort durch einen Dritten gerichtet oder nicht für verschiedene Antworten offen, so handelt es sich ungeachtet der geläufigen Bezeichnung als „rhetorische Frage“ tatsächlich nicht um eine Frage. Fragesätze oder Teile davon, die nicht zur Herbeiführung einer - inhaltlich noch nicht feststehenden - Antwort geäußert werden, bilden vielmehr Aussagen, die sich entweder als Werturteil oder als Tatsachenbehauptung darstellen und rechtlich wie solche zu behandeln sind***. Die Unterscheidung zwischen echten und rhetorischen Fragen kann Schwierigkeiten bereiten, weil die sprachliche Form allein keine zuverlässigen Schlüsse erlaubt. Die Zuordnung muß daher gegebenenfalls mit Hilfe von Kontext und Umständen der Äußerung erfolgen. Ist ein Fragesatz mehreren Deutungen zugänglich, müssen beide Deutungen erwogen werden und das Gericht muß seine Wahl begründen. ..."

92. **Unter dem Begriff der Schmähkritik sind Äußerungen strafbar und diese Begriff ist eng auszulegen. Die Diffamierung der Person muss dabei im Vordergrund stehen.** **BVerfG, 24.07.2013 - 1 BvR 444/13** (StV 2014, 540), **Rn. 21**: "Der Begriff der ***Schmähkritik*** ist vor dem Hintergrund, dass es nach der verfassungsrechtlichen Systematik bei im Einzelfall gegenüberstehenden Grundrechtspositionen grundsätzlich einer Abwägung zwischen diesen verschiedenen Grundrechtspositionen unter Berücksichtigung aller wesentlicher konkreter Umstände bedarf, ***eng definiert***. Eine überzogene oder gar ausfällige Kritik macht eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Hinzutreten muss vielmehr, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern ***die Diffamierung der Person im Vordergrund steht***."

93. **"Schiefe Bahn" ist u. U. erlaubt: Schmähkritik liegt – auch bei ausfälliger Kritik - nur vor, wenn die Auseinandersetzung in der Sache nicht mehr im Vordergrund steht. BVerfG, 28.07.2014 - 1 BvR 482/13** (NJW 2014, 3357), **Rn. 11+12**: "***Danach macht auch eine überzogene oder ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Hinzutreten muss vielmehr, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht***. Sie muss jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik in der persönlichen Herabsetzung bestehen. Wesentliches Merkmal der Schmähung ist mithin eine das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängende persönliche Kränkung. Nur dann kann im Sinne einer Regelvermutung ausnahmsweise auf eine Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls verzichtet werden. Aus diesem Grund wird Schmähkritik bei Äußerungen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage nur ausnahmsweise vorliegen und im Übrigen eher auf die sogenannte Privatfehde beschränkt bleiben (vgl. BVerfGE 82, 272 <283 f.>; 93, 266 <294, 303>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2009 - 1 BvR 2272/04 -, NJW 2009, S. 3016 <3018>). Dem genügt die Entscheidung des Landgerichts nicht. Auch bezüglich der Äußerung, ***es müsse verhindert werden, dass die Richterin auf eine schiefe Bahn gerate, steht die Auseinandersetzung in der Sache im Vordergrund***. Der Beschwerdeführer bezieht sich auf das von ihm in der Dienstaufsichtsbeschwerde kritisierte Verhalten und bezweckt eine Überprüfung dieses Verhaltens durch eine übergeordnete Stelle. Es handelt sich zwar um polemische und überspitzte Kritik; diese hat aber eine sachliche Auseinandersetzung zur Grundlage. Bezüglich der weiteren Äußerungen begründet das Landgericht seine Einordnung als Schmähkritik überhaupt nicht. **[12]** Soweit das Landgericht hilfsweise dennoch eine Abwägung vornimmt, verstößt es hierbei zunächst insofern gegen die Meinungsfreiheit, die Äußerung des Beschwerdeführers, "es müsse verhindert werden, dass die Richterin auf eine schiefe Bahn gerate", dahingehend auszulegen, dass hiermit ***der betroffenen Richterin die künftige Begehung von Straftaten unterstellt werde***. Voraussetzung jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen ist, dass ihr Sinn zutreffend erfasst worden ist (vgl. BverfGE 93, 266 <295>)."

94. **"Schlimmer als Roland Freisler" ist erlaubt, ... OLG München, 31.05.2017 - 5 OLG 13 Ss 81/17** (AnwBl 2017, 783), **Rn.3**: "… So betrachtet ist das Unrecht, das Sie begehen noch viel perfider, noch viel abgründiger, noch viel hinterhältiger als das Unrecht, das ein Roland F. begangen hat: Bei Roland F. kommt das Unrecht sehr offen, sehr direkt, sehr unverblümt daher. Bei Ihnen hingegen kommt das Unrecht als unrechtmäßige Beanspruchung der Begriffe Rechtsstaatlichkeit und Demokratie daher: Sie berufen sich auf die Begriffe Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, handeln dem aber - zumindest in dem vorliegenden Justizskandal – zuwider."

95. **denn bei Verständiger Würdigung … OLG München, 31.05.2017 - 5 OLG 13 Ss 81/17** (AnwBl 2017, 783), **Rn.13**: "Der Angeklagte stellt im Rahmen seiner Ausführungen dar, wodurch sich das Verhalten F. von dem der Geschädigten unterscheidet, und führt aus, dass das durch die Geschädigten begangene Unrecht noch schwerwiegender sei als das von F. begangene Unrecht. Im Kern ist das „nur" der Vorwurf sehr großen Unrechts und willkürlichen, rechtsbeugenden richterlichen Handelns durch den 2. Strafsenat. …"

96. **ist es nicht strafbar. OLG München, 31.05.2017 - 5 OLG 13 Ss 81/17** (AnwBl 2017, 783), **Rn.14**: "… Der durch die Gleichstellung mit Roland F. erfolgte Vergleich mit NS-Unrecht führt für sich allein genommen ebenfalls nicht zu einer Strafbarkeit … ."

97. **Mangelnde Ernsthaftigkeit (Satire-Ausflucht) legitimiert jedenfalls nicht grenzenlose Beleidigung. LG Hamburg, 10.02.2017 - 324 O 402/16** (afp 2017, 177), **Rn. 69**: "Es liegt auf der Hand, dass der von einer Beleidigung oder einer Beschimpfung Betroffene diese nicht bereits deswegen hinzunehmen hat, weil sie ersichtlich nicht ernsthaft gemeint sind. Die in Rede stehenden Textpassagen überschreiten das Maß dessen, was der Kläger noch dulden muss."

98. **Richter dürfen sagen und Rechtskommentatoren dürfen schreiben, was Satirikern verboten ist. LG Hamburg, 10.02.2017 - 324 O 402/16** (afp 2017, 177), **Rn. 40**: "… Sackdoof, feige und verklemmt, ist E. der Präsident. Sein Gelöt stinkt schlimm nach Döner, selbst ein Schweinefurz

riecht schöner. Er ist der Mann der Mädchen schlägt und dabei Gummimasken trägt. Am liebsten mag er Ziegen ficken, und Minderheiten unterdrücken, … Kurden treten, Christen hauen, und dabei Kinderpornos schauen. Und selbst Abends heißt statt schlafen, Fellatio mit hundert Schafen. Ja, E. ist voll und ganz, ein Präsident mit kleinem Schwanz. … Jeden Türken hört man flöten, die dumme Sau hat Schrumpelklöten, Von Ankara bis Istanbul, weiß jeder, dieser Mann ist schwul, Pervers, verlaust und zoophil R. Fritzl Priklopil. Sein Kopf so leer, wie seine Eier, der Star auf jeder Gang-bang-Feier. Bis der Schwanz beim pinkeln brennt, das ist R. E., der türkische Präsident."

99. **Das "BRD-System" als verkommen zu bezeichnen, unterliegt der Meinungsfreiheit.** BVerfG, 28.11.2011 - 1 BvR 917/09 (NJW 2012, 1273), **Rn. 22**: "Der Inhalt des Flugblattes ist überwiegend von wertenden Stellungnahmen, insbesondere in den Absätzen drei bis fünf der linken Textspalte und der Schlussaussage der rechten Spalte geprägt. Die Sachschilderungen im ersten und zweiten Absatz der linken Textspalte zum Anschlag im Münchener Bürgerbräukeller vom 8. November 1939 sind ersichtlich Grundlage der anschließenden Wertungen. Stellung genommen wird dabei im Kontext mit der Aufführung des Theaterstücks „Georg Elser - allein gegen Hitler“ zum einen zum Bürgerbräukelleranschlag beziehungsweise zur Person Georg Elser selbst und zum anderen zur für die Verfasser durch Aufführung dieses Theaterstückes und ähnlicher Veranstaltungen empfundenen Verehrung der Person Georg Elsers in der Bundesrepublik Deutschland. ***Dass dabei das „BRD-System“ als „verkommen“ bezeichnet wird, ist für die Eröffnung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit nicht entscheidend, da es hierfür auf den Wert der Äußerungen und eine Werteloyalität der Beschwerdeführerin nicht ankommt.*** Anders als nach Auffassung des Amtsgerichts enthalten die Absätze drei bis fünf auch keine erwiesen unrichtigen Tatsachenbehauptungen. Der Einschub im dritten Absatz der linken Textspalte „und Schüler zwinge, ihn (Georg Elser) zu verehren“ ist, will man den Sinn der Äußerung nicht verfälschen, untrennbar in die sonstigen Wertungen des dritten Absatzes eingebunden und kann naheliegenderweise so verstanden werden, dass die Schüler durch entsprechende Theateraufführungen nach Ansicht der Beschwerdeführerin zu einer Verehrung Georg Elsers zu Unrecht gedrängt werden. ***Auch die Fragestellung des vierten Absatzes „Werden bald die kommunistischen RAF-Terroristen genauso geehrt und ihre Opfer verhöhnt?“ hat eine ausschließlich die Grundaussage betonende Funktion und beinhaltet auch nicht im Umkehrschluss eine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung.***"

100. **Der Staat(sapparat) genießt keinen Ehrschutz, wohl aber Bestandsschutz.** BVerfG, 28.11.2011 - 1 BvR 917/09 (NJW 2012, 1273), **Rn. 24**: "***Denn anders als dem einzelnen Staatsbürger kommt dem Staat kein grundrechtlich geschützter Ehrenschutz zu***. Der Staat hat grundsätzlich auch scharfe und polemische Kritik auszuhalten (vgl. BVerfGE 93, 266 <292 f.>; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. September 2008 - 1 BvR 1565/05 -, NJW 2009, S. 908 <909>). Die Zulässigkeit von Kritik am System ist Teil des Grundrechtestaats. Zielrichtung des vorliegend angewandten § 90a StGB wie sämtlicher Staatsschutznormen ist es, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, ihrer Länder und ihrer verfassungsgemäßen Ordnung zu gewährleisten und zu erhalten (vgl. BGHSt 6, 324 <325>; BGH, Beschluss vom 1. April 1998 - 3 StR 54/98 -, NStZ 1998, S. 408; Laufhütte/ Kuschel, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2007, § 90a Rn. 1; Würtenberger, JZ 1979, S. 309 <310 ff.>; Schröder, JZ 1979, S. 89 f.; Roggemann, JZ 1992, S. 934 <937>). ***Die Schwelle zur Rechtsgutverletzung ist im Falle des § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB mithin erst dann überschritten, wenn*** aufgrund der konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung der Staat dermaßen verunglimpft wird, dass dies zumindest mittelbar geeignet erscheint, ***den Bestand der Bundesrepublik Deutschland***, die Funktionsfähigkeit seiner staatlichen Einrichtungen oder die Friedlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland ***zu gefährden*** (vgl. BVerfGE 93, 266 <293>; 124, 300 <332 ff.>). Dies wäre bei entsprechender Form der Meinungsäußerung etwa denkbar, wenn der Bundesrepublik Deutschland jegliche Legitimation abgesprochen würde und dazu aufgerufen würde, sie zu ersetzen (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2002 - 3 StR 270/02 -, NStZ 2003, S. 145)."

101. **Der Ausdruck "Wichser" kann u. U. gerechtfertigt sein. Dazu sind Mindestfeststellungen zum Vortatgeschehen sowie zur Rechtmäßigkeit etwaiger Diensthandlungen, gegen die sich der Angeklagte verbal "zur Wehr gesetzt haben könnte, unverzichtbar. OLG-Celle, 25.07.2019 -**

2_Ss_84/19 (Kanzlei Adam), **Kap. 2, 3 + 3b**: "… ***Es sei aber nicht erkennbar, warum der Angeklagte*** zur Äußerung seiner politischen Meinung und zur Wahrnehmung seiner Versammlungsrechte ***den eingesetzten Polizeibeamten als „Wichser" bezeichnet haben könnte.*** **[3]** Der Schuldspruch wegen Beleidigung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das angefochtene Urteil hat die dem Angeklagten angelasteten Taten als Beleidigung gemäß § 185 StGB gewertet. Das Urteil stellt aber nicht sämtliche Umstände dar, die für die von dem Amtsgericht als rechtlich gebotene angesehene Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Taten unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB gerechtfertigt waren, erforderlich sein könnten und erweist sich insoweit als lückenhaft. **[3b]** … Sofern die Beleidigung im Rahmen der Dienstausübung eines Polizeibeamten erfolgt sein sollte, sind ***regelmäßig weitere Mindestfeststellungen zum Vortatgeschehen und den Beweggründen*** und Zielen des Täters, etwa zur polizeilichen Maßnahmerichtung, ihrem Anlass und Ablauf sowie zu möglichen Rechtsgrundlagen und gegebenenfalls zur ***Rechtmäßigkeit der Diensthandlung, gegen die sich der Angeklagte verbal "zur Wehr gesetzt haben könnte***", unverzichtbar (OLG Nürnberg, Beschluss vom 04.10.2007 — 2 St OLG Ss 160/07 [bei juris]). Dabei gehört das Recht des Bürgers, Maßnahmen der öffentlichen Gewalt ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen zu kritisieren, zum Kernbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (BVerfG NJW 1992, 2815). Dies gilt umso mehr, wenn es sich um Werturteile im Rahmen von Auseinandersetzungen handelt, die sich auf staatliche Einrichtungen, deren Bedienstete und deren Vorgehensweise beziehen (OLG Düsseldorf NStZ-RR 2003, 316; BayObLG NJW 2005, 1291)."

3.4 Gegendarstellung

102. Die Durchsetzung des Rechtes auf Gegendarstellung bedarf nicht den Nachweis der Unwahrheit der Erstmitteilung. **BVerfG, 14.01.1998 - 1 BvR 1861/93** (NJW 1997, 2310), **Ls. 2**: "Es verstößt nicht gegen das Grundrecht der Pressefreiheit, dass der Anspruch auf Gegendarstellung weder das Vorliegen einer Ehrverletzung noch den Nachweis der Unwahrheit der Erstmitteilung oder der Wahrheit der Gegendarstellung voraussetzt."

103. Das Recht auf Gegendarstellung kann auch wiederholt reklamiert werden, d. h. so lange, bis es vollumfänglich erfüllt ist. **BVerfG, 14.01.1998 - 1 BvR 1861/93** (NJW 1997, 2310), **Rn. 109**: "Landgericht und Oberlandesgericht waren schließlich von Verfassungs wegen nicht gehalten, zugunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen, dass die Titelseite ihrer Zeitschrift nunmehr zum dritten Mal in dieser Sache beansprucht wird. Dies beruht allein auf dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin die Ansprüche der Kläger des Ausgangsverfahrens zunächst nicht und dann nicht in vollem Umfang erfüllt hat. Die wiederholte Inanspruchnahme der Titelseite ihrer Zeitschrift hat sie daher selber zu vertreten."

3.5 Prozessuales

104. Das LG Hamburg urteilt mit grammatischer Unklarheit über das Thema 'Klarstellung'. LG Hamburg, 31.08.2023 - 324 O 293/23 (LG-HH), **Ls. 1**: "Bei einer mehrdeutigen Äußerung kann der sich mehrdeutig Äußernde durch eine „ernsthafte und inhaltlich ausreichende Erklärung", die mehrdeutige Äußerung ***nicht oder nur mit geeigneten Klarstellungen*** zu wiederholen, einer gerichtlichen Untersagungsverfügung bzw. der Verpflichtung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung entgehen."

105. Laut des LG-Hamburg darf eine streitgegenständliche Äußerung nicht im Originaltext öffentlich zur Diskussion gestellt werden; eine ergänzende Klarstellung genügt nicht, sondern die Äußerung muss vor ihrer Veröffentlichung verändert werden [vgl. Böhmermanns Gelöt (Rn. 98), welches das LG-Hamburg selbst unverändert wiedergeben durfte!]. LG Hamburg, 31.08.2023 - 324 O 293/23 (LG-HH), **Ls. 2**: "Sofern der Äußernde die Pressemitteilung, in der die streitgegenständliche Äußerung enthalten ist, auch über den Zeitpunkt einer Klarstellung mittels vorgerichtlichen Schriftsatzes hinaus online verbreitet bzw. die weitere Verbreitung nicht zu unterbinden versucht, ist er damit seiner Ankündigung aus dem Schriftsatz, die mehrdeutige Äußerung nicht mehr wie geschehen zu verbreiten, nicht nachgekommen. Damit kann von der für das Entfal-

len der Wiederholungsgefahr erforderlichen ernsthaften und inhaltlich ausreichenden Erklärung nicht mehr ausgegangen werden, denn eine solche hätte auch eine Veränderung der von der Antragsgegnerin verbreiteten Pressemitteilung erfordert."

106. **Das LG Hamburg setzt die Tätigkeit der weiteren Verbreitung mit der Untätigkeit der Nichtunterbindung mithilfe des Wortes 'bzw.' gleich.** LG Hamburg, 31.08.2023 - 324 O 293/23 (LG-HH), **Rn. 4**: "… Indes hat die Antragsgegnerin die Pressemitteilung, in der die streitgegenständliche Äußerung enthalten war, auch über den 18.07.2023 hinaus online verbreitet bzw. die weitere Verbreitung nicht zu unterbinden versucht. …"

107. **Mehrdeutige Äußerungen können noch durch geeignete Klarstellungen im Gerichtsverfahren die Abgabe einer strafbewährten Unterlassungserklärung vermeiden, müssen aber 'ausreichend' sein.** LG Hamburg, 31.08.2023 - 324 O 293/23 (LG-HH), **Rn. 7**: "Diese Klarstellung erfolgt indes verspätet. Insoweit liegt ein anderer Sachverhalt vor als in dem von der Antragsgegnerin zitierten Fall, in dem eine im Verlauf des Verfahrens abgegebene Klarstellung noch als ausreichend und die Wiederholungsgefahr beseitigend angesehen wurde. Denn in Bezug auf die streitgegenständlichen Äußerungen hat die Antragsgegnerin bereits eine nicht als ausreichend anzusehende Klarstellung abgegeben."

4 Betreuungs- und Vertretungsrecht

4.1 Betreuungsverfahren

108. **Keine Zwangsuntersuchung in Betreuungsverfahren OLG Zweibrücken, 02.03.2000 - 3 W 35/00** (FGPrax 2000, 109), **Kap II Abs. 4**: "Da eine zwangsweise Untersuchung im Betreuungsverfahren nicht in Betracht kommt (vgl. Keidel aaO § 68 b Rdnr. 12; Bienwald aaO § 68 b Rdnr. 58), kann der Betroffene z. B. seine zur Untersuchung erteilte, Einwilligung jederzeit ganz oder teilweise widerrufen. Die Entscheidung hierüber wird er in der Regel nur unter Hinzuziehung eines rechtskundigen Beistandes sachgerecht treffen können."

109. **Nichtrichterliche Akteneinsichtsentscheidungen können gerichtlich überprüft werden.** OLG Köln, 02.12.2013 - 7 VA 2/13 (FamRZ 2014, 788), **Rn. 4**: "… Der von einer nicht am Verfahren beteiligten Behörde gestellte Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht in ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei der es sich nicht um ein Gericht handelt, stellt sich als Amtshilfeersuchen gemäß Art. 35 Abs. 1 GG dar, über das nach allgemeiner Auffassung der Vorstand des Gerichts, also die Justizverwaltung zu befinden hat (vgl. Prütting/Helms/Jennissen, FamFG, 2. Aufl., § 13, Rn. 19; Keidel/Sternal, FamFG, 17. Aufl., § 13, Rn. 47 u. 73; Musielak/Borth, Familiengerichtliche Verfahren, 1. und 2. Buch, 3. Aufl., § 13, Rn. 1; BayObLG FamRZ 1998, 438). Bei der Entscheidung über das Gesuch durch den Vorstand des Gerichts handelt es sich um einen Justizverwaltungsakt, der nach den §§ 23 ff. EGGVG zur Überprüfung gestellt werden kann (vgl. Prütting/Helms/Jennissen, a.a.O.; Keidel/Sternal, a.a.O.; Musielak/Borth, a.a.O.). Danach ist der gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 8.4.2013 gerichtete Antrag der Antragstellerin auf gerichtliche Entscheidung im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG statthaft."

110. **Auch Behörden, wie z. B. die Staatsanwaltschaft, haben nicht grundsätzlich volles Akteneinsichtsrecht.** OLG Köln, 02.12.2013 - 7 VA 2/13 (FamRZ 2014, 788), **Rn. 6+7**: "Der Antrag der Staatsanwaltschaft Aachen auf Einsichtnahme in die Akte 72 XVII W 1512 AG Aachen war in der Sache lediglich im Hinblick auf die in den Betreuungsakten enthaltenen fachärztlichen Gutachten vom 2.10.2007 (dort Bl. 9) und vom 12.10.2010 (dort Bl. 46 ff) sowie das Atttest des Psychiaters Dr. C vom 4.5.2010 (dort Bl. 31 d. A.) begründet; ihm wäre insoweit durch Überlassung von Ablichtungen zu entsprechen gewesen. ***Dagegen bestand kein Anspruch auf Einsichtnahme in die komplette Akte*** bzw. die Überlassung der vollständigen Akte zwecks Einsichtnahme. **[7]** Ebenso wie am Verfahren nicht beteiligten Personen, für welche § 13 Abs. 2 FamFG gilt, darf auch einer Behörde Akteneinsicht nur gestattet werden, soweit sie ein ***berechtigtes Interesse glaubhaft macht*** und schutzwürdige Interessen eines Beteiligten oder eines Dritten nicht entgegenstehen oder die Beteiligten einverstanden sind (vgl. Prütting/Helms/Jennissen, a.a.O. Rn. 33; OLG Karlsruhe FamRZ

2010, 1467)."

111. **Betreuungsakten enthalten in der Regel höchstpersönliche, schützenswerte Daten, wegen derer eine strenge Güterabwägung unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen hat.** OLG Köln, 02.12.2013 - 7 VA 2/13 (FamRZ 2014, 788), **Rn. 10**: "… Die Akten über die Einrichtung und Fortführung einer Betreuung unterliegen wie auch familiengerichtliche Akten grundsätzlich der Geheimhaltung, weil sie in der Regel ***höchstpersönliche Daten*** sowie ärztliche Stellungnahmen oder Gutachten über den Gesundheitszustand und die persönlichen Lebensumstände des betroffenen Betreuten enthalten, die ihrer Natur nach der Kenntnisnahme durch am Verfahren nicht beteiligte Dritte entzogen sind. Sofern wie im vorliegenden Fall eine Zustimmung des Betreuten zur Übersendung der Betreuungsakte an die ersuchende Behörde nicht vorliegt, kommt die Gewährung von Akteneinsicht nur in Betracht, wenn eine ***strenge Güterabwägung unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*** ein überwiegendes Allgemeininteresse an der Akteneinsicht ergibt (vgl. OLG Hamm FGPrax 2009, 20; FamRZ 2002, 1126; OLG Köln NJW 1994, 1075; OLG Celle NJW 1990, 1802; BVerfG NJW 1970, 555). …"

112. **Wird der Staatsanwaltschaft vom Betreuungsgericht die Betreuungsakte versagt und unterstehen beide demselben Hoheitsträger (Justizministerium), dann hat sie keine Rechtsmittel nach § 23 EGGVG, sondern müsste den Dienstweg gehen.** OLG Karlsruhe, 03.09.2020 - 6 VA 23/20 (FamRZ 2020, 1930), **LS + Rn. 15-19**: "Gehören die ersuchende Staatsanwaltschaft und die ersuchte Justizbehörde zu demselben Hoheitsträger, kann die Staatsanwaltschaft eine gerichtliche Entscheidung nach § 23 EGGVG gegen die Versagung einer Akteneinsicht jedenfalls dann nicht herbeiführen, wenn beide Justizbehörden einer gemeinsamen Entscheidungsspitze unterstehen und sich die ersuchende Behörde nicht auf eigene Rechte berufen kann. **[15]** c) Nach Auffassung des Senats kann eine Staatsanwaltschaft gegen die Ablehnung eines Akteneinsichtsgesuchs durch ein Gericht desselben Hoheitsträgers jedenfalls dann nicht nach § 23 EGGVG vorgehen, wenn sie und das ersuchte Gericht in Angelegenheiten der Justizverwaltung der gemeinsamen Dienstaufsicht des Justizministeriums unterstehen. **[16]** aa) Im Streitfall unterliegen sowohl die Antragstellerin (vgl. §§ 146, 147 Nr. 2 GVG) als auch das ersuchte Amtsgericht bei der Entscheidung über das Akteneinsichtsgesuch als Maßnahme der Justizverwaltung der Dienstaufsicht des Justizministeriums. **[17]** Letzteres ist in § 17 Abs. 2 AGGVG BW klargestellt (BeckOK GVG/Biehl, 7. Ed. 1.5.2020, BWAGGVG § 17 Rn. 3). Nach dieser Vorschrift steht dem Justizministerium hinsichtlich der Erledigung der Geschäfte der Justizverwaltung ein Weisungsrecht gegenüber den in § 17 Abs. 1 Satz 1 AGGVG BW genannten Gerichtsvorständen und Behördenleitern zu. Gleiches gilt, wenn statt diesen über Ersuchen von Gerichten oder Behörden um Einsicht in Gerichtsakten während eines anhängigen Verfahrens der Vorsitzende des mit der Sache befassten Gerichts als Organ der Justizverwaltung (§ 20 Abs. 1 Satz 1 AGGVG) entscheidet. **[18]** Gegen die Versagung der Akteneinsicht kann die Antragstellerin daher den Dienstweg beschreiten. Dem steht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der von der Akteneinsicht Betroffenen nicht entgegen. Zwar bedarf ein Datenaustausch zwischen Behörden zur staatlichen Aufgabenwahrnehmung einer Rechtsgrundlage sowohl für die ersuchte als auch die ersuchende Behörde, wobei beide Stellen die Zulässigkeit nach den für sie maßgeblichen Vorschriften zu prüfen haben (sog. Doppeltürmodell, vgl. BVerfGE 130, 151, 184). Dies schließt es aber nicht aus, dass im Konfliktfall eine gemeinsame Entscheidungsspitze der beteiligten Behörden unter Beachtung der maßgeblichen Rechtsgrundlagen über den Datenaustausch entscheidet. Jedenfalls gebietet es das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht, zur Auflösung eines Streits von Behörden innerhalb derselben Justizverwaltung den Rechtsweg für einen In-Sich-Prozess zu eröffnen. Insbesondere stehen dem Betroffenen gegen eine auf dem Dienstweg veranlasste Gewährung einer Akteneinsicht dieselben Rechtsmittel wie bei einer Gewährung ohne diese Veranlassung zur Verfügung. **[19]** bb) Der Antragstellerin stehen im Hinblick auf die Akteneinsicht keine eigenen Rechte gegenüber dem Land Baden-Württemberg als gemeinsamem Hoheitsträger zu, die eine Klärung durch das Justizministerium ausschlössen."

1. Anmerkung des Autors: Dieser Beschluss legt die Staatsanwaltschaft zurück an die Kette der Weisungsgebundenheit durch den Dienstherren. Die gerichtliche Versagensentscheidung ist vorlie-

gend nicht mehr durch einen "unabhängigen Richter" überprüfbar.

2. dto: Es begegnet Zweifeln, dass die Kontrollinstanz einer Entscheidung vom Ausgang einer Entscheidung abhängig ist. Diese Konsequenz kann den unwiderleglichen Zweifel begründen, dass sie als sachfremde Erwägung in die Entscheidung einfließt.

3. dto: Die Staatsanwaltschaft ist nach § 160 (2) StPO zur Neutralität und nach Art. 1 (1) S. 2 GG auch zum Schutz eines ggf. vorliegenden Betreuungsopfers verpflichtet. Falls sich (nur) in der Betreuungsakte Hinweise auf z. B. Strafrechts relevanten, Freiheit entziehenden Betreuungsmissbrauch vorhanden wären, könnten diese auch durch Weisungen des Dienstherren im Dunkeln bleiben.

4. dto: Ein Betreuungsopfer wäre als Ausweg aus diesem Dilemma gut beraten, selbst über einen loyalen Anwalt zu verfügen, der die Akte auch auf alle rechtlich relevanten Hinweise absucht.

113. Zur Klärung der Frage der Schuldfähigkeit hat die Staatsanwaltschaft lediglich Anrecht auf die diesbezüglichen ärztlichen Äußerungen. OLG Köln, 02.12.2013 - 7 VA 2/13 (FamRZ 2014, 788), **Rn. 11, 12 + 13**: "***Die Staatsanwaltschaft Aachen hat zur Begründung*** ihres Akteneinsichtsgesuchs ***vorgetragen***, die Akteneinsicht sei erforderlich, ***um die Frage der Schuldfähigkeit des Betreuten*** abzuklären, ***nachdem die Verteidigerin eine psychische Erkrankung geltend gemacht habe***. **[12]** Unter Abwägung des mit der Akteneinsicht verfolgten Zwecks sowie der Art und Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Betreuten ist die Gewährung von ***Akteneinsicht hinsichtlich der ärztlichen Äußerungen als verhältnismäßig*** anzusehen, zumal die Antragstellerin, gleichzeitig Verteidigerin des Betreuten in dem fraglichen Ermittlungsverfahren, mit Schreiben vom 23.4.2013 mitgeteilt hat, dass bezüglich der möglichen Übermittlung des fachärztlichen Gutachtens vom 12.10.2010 keine Bedenken bestehen. **[13]** Darüber hinaus wäre die begehrte Akteneinsicht in die Betreuungsakte unter Berücksichtigung des schutzwürdigen Interesses des Betreuten daran, dass die im Betreuungsverfahren über seine sonstigen persönlichen Verhältnisse erlangten Informationen Dritten ohne seine Zustimmung nicht offenbart werden, jedoch nach Auffassung des Senats als nicht erforderlich und damit als unzulässig zu bewerten gewesen. ***Für den erklärten Zweck der Akteneinsicht, nämlich Abklärung der Schuldfähigkeit, genügte*** die Zugänglichmachung der Akteninhalte, die in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dieser Frage standen. Dabei handelte es sich aber lediglich um die entsprechenden ärztlichen Gutachten/Atteste."

4.2 Betreuer-, Notar- und Vertretungsrecht

114. Ein Bevollmächtigter kann mangels Befähigung oder Redlichkeit ungeeignet sein. BGH, 16.11.2022 - XII ZB 212/22 (NJW-RR 2023, 145), **Rn. 10**: "… Steht die hier vom Landgericht nicht in Zweifel gezogene Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht fest, kann gleichwohl eine Betreuung erforderlich sein, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. Letzteres ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte mangels Befähigung oder wegen erheblicher Bedenken an seiner Redlichkeit als ungeeignet erscheint (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 15. Juni 2022 XII ZB 85/22 FamRZ 2022, 1647 Rn. 9 mwN)."

115. Ein Vorsorgebevollmächtigter ist zu regelmäßigem Kontakt zu seinem Vollmachtgeber verpflichtet, muss aber Dienstleistungen nicht in eigener Person erbringen. BGH, 16.11.2022 - XII ZB 212/22 (NJW-RR 2023, 145), **Rn. 15**: "... ein Vorsorgebevollmächtigter … [ist] zu einem regelmäßigen persönlichen Kontakt zum Vollmachtgeber verpflichtet ..., schon um die Informationen zu erhalten, die für Ausübung seiner Tätigkeit erforderlich sind. Soweit in einer Vorsorgevollmacht wie hier keine anderweitigen Regelungen enthalten sind, berechtigt die Vorsorgevollmacht den Bevollmächtigten jedoch nur zur rechtlichen Vertretung, verpflichtet ihn aber nicht zur persönlichen Betreuung des Vollmachtgebers. Seine Rechtsstellung unterscheidet sich insoweit nicht von der eines Betreuers, der nach § 1901 Abs. 1 BGB nur zur Erbringung solcher Tätigkeiten verpflichtet ist, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betroffenen rechtlich zu besorgen. Es ist nicht Auf-

gabe des Betreuers, die tatsächlichen Lebens- und Pflegebedürfnisse des Betroffenen in eigener Person zu befriedigen (MünchKommBGB/Schneider 8. Aufl. § 1901 Rn. 6 mwN). Gleiches gilt in der Regel auch für den Vorsorgebevollmächtigten. Dieser hat ***wie ein Betreuer nur die notwendigen tatsächlichen Hilfen zu besorgen, nicht jedoch selbst zu leisten*** (vgl. BGH Beschluss vom 2. Dezember 2010 III ZR 19/10 FamRZ 2011, 293 Rn. 19 mwN). Insbesondere ist er zur Erbringung tatsächlicher Pflegeleistungen oder zur persönlichen Hilfe im Alltag nicht verpflichtet (vgl. Senatsbeschluss vom 17. Februar 2016 XII ZB 498/15 FamRZ 2016, 704 Rn. 24). ..."

116. **Notarieller Prüfungsmaßstab: Der Notar muss bei Zweifeln, wie z. B. bei einem vorliegenden Widerspruch prüfen, dies jedoch nur eingeschränkt und im Zweifel vollziehen. BGH, 19.09.2019 - V ZB 119/18** (NJW 2020, 610), **Ls. a+b**: "Der Notar hat die Amtspflicht, vor der Vollziehung einer Erklärung, die ein Ur-kundsbeteiligter als Vertreter eines anderen abgegeben hat, die Vertre-tungsmacht zu prüfen. **[b]** Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Wirksamkeit einer Vollmacht (hier: Änderungsvollmacht des Bauträgers) und der Wirksamkeit eines Widerrufs der Vollmacht ist der Prüfungsmaßstab des Notars eingeschränkt. Er hat die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass eine wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliegt. Ebenso liegt es, wenn ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen gegeben ist."

117. **Das Grundbuchamt darf nicht sehenden Auges einen Rechtsscheintatbestand festschreiben. OLG Hamm, 11.05.2004 - 15 W 163/04** (FGPrax 2004, 266), **Rn. 15**: "***Eine wesentliche Aufgabe des Grundbuchamts ist es gerade, einen solchen Rechtsverlust durch Verfügung eines Nichtberechtigten zu verhindern. Es ist im Hinblick auf die Aufgabenstellung des Grundbuchamts nicht zulässig, dass dieses sehenden Auges einen Rechtsverlust des wahren Berechtigten durch seine Eintragungstätigkeit herbeiführt.*** Entscheidend ist, dass der gutgläubige Erwerber vor seiner Eintragung im Grundbuch noch keine endgültig gesicherte Rechtsposition hat. Dieselbe Bewertung ist geboten, wenn bei einem von einem Bevollmächtigten geschlossenen Rechtsgeschäft ein Rechtserwerb des Geschäftsgegners sich nur aufgrund des Rechtsscheintatbestandes des § 172 Abs. 1 und 2 BGB vollziehen kann. Auch in diesem Fall wäre es mit der Aufgabenstellung des Grundbuchsamtes unvereinbar, durch seine Eintragungstätigkeit den Rechtserwerb eines Dritten zu ermöglichen, von dem es weiß, dass ihm eine hinreichende Legitimation durch den eingetragenen Berechtigten nicht oder nicht mehr zugrunde liegt."

118. **Die gleichzeitige Anwesenheit des Geschäftsgegners bei dem Notar eröffnet wegen der implizierten Rechtsprüfungsmöglichkeit auch Rechtsfolgen. OLG München, 21.10.2019 - 7 U 3659/19** (DNotZ 2020, 105), **Rn. 34**: "Die Ausführungen der Klägervertreterin zu § 172 BGB gehen fehl. Denn die Sachverhaltskonstellation des § 172 BGB unterscheidet sich grundlegend von der im Rahmen des § 174 BGB. ***In den zu § 172 BGB entschiedenen Fällen*** befand sich die ***Vollmachtsurkunde*** nämlich jeweils ***im Besitz des*** den Vertrag beurkundenden ***Notars*** und war der ***Geschäftsgegner bei der Beurkundung anwesend***, sodass letzterer ohne weiteres in der Lage war, unmittelbar in die Vollmacht Einsicht zu nehmen, die sich in Urschrift in der Urkundensammlung des Notars befand (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.1979 - VII ZR 77/78, Rdnr. 15; OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.11.2007 - 9 U 75/07, Rdnr. 6; im Urteil vom 15.10.1987 - III ZR 235/86, Rdnr. 21 stellt der BGH entscheidend darauf ab, welche Rechtsfolgen § 172 BGB gehabt hätte, wenn bei Beurkundung des Vertrages ein Vertreter der Beklagten als Geschäftsgegnerin anwesend gewesen wäre; vgl. auch RG, Urteil vom 10.12.1919 - V 249/19, RGZ 97, 273, 275 für den Fall einer Beurkundung durch den Richter)."

119. **§ 174 BGB schützt den nicht beim Notar anwesenden Geschäftsgegner mit dem ihm eingeräumten Prüfungsrecht. OLG München, 21.10.2019 - 7 U 3659/19** (DNotZ 2020, 105), **Rn. 35**: "Im Falle des § 174 BGB dagegen ist der Geschäftsgegner (vorliegend die Kündigungsempfängerin) gerade nicht bei der Beurkundung des Vertrages anwesend und kann sich deshalb auch nicht schnell und ohne weiteren Aufwand durch Einsichtnahme in die bei der Urkundsperson befindliche

Originalvollmacht Sicherheit über das Bestehen einer Vertretungsmacht der als Vertreter bei Vertragsschluss auftretenden Person verschaffen. Mit dem in § 174 BGB dem Geschäftsgegner eingeräumten eigenen Prüfungsrecht, das auf eine schnelle (“unverzügliche“) Klärung der Vertretungssituation gerichtet ist, ist es nicht vereinbar, den Geschäftsgegner auf eine Einsichtnahme beim beurkundenden Notar, der seinen Sitz unter Umständen mehrere hundert Kilometer vom Geschäftsgegner entfernt hat, zu verweisen."

120. **Das Gesetz unterscheidet zwischen Außenvollmacht (§ 170 BGB), kund gegebener Innenvollmacht (§ 171 (1) BGB) und beurkundeter Bevollmächtigung (§ 172 (1) BGB), das bis zur Rückgabe der Urkunde geschützt bleibt. OLG Köln, 14.12.1983 - 2 Wx 33/83** (Rpfleger 1984, 182), **Rn. 6+7**: "Die vorliegende Bewilligung (§ 19 GBO) ist in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Dieser Nachweis erstreckt sich auf die Erteilung der Vollmacht und deren Fortbestand im Zeitpunkt der Bewilligung. Insoweit sind entsprechend der unterschiedlichen Regelung in den §§ 170 bis 172 BGB je nach Art und Weise der Bevollmächtigung mehrere Fallgestaltungen zu unterscheiden. Die Außenvollmacht (§ 170 BGB) erlischt erst durch Anzeige des Vollmachtgebers gegenüber dem Dritten. Eine Innenvollmacht, die der Vollmachtgeber durch 'besondere Mitteilung' einem Dritten kundgegeben hat (§ 171 Abs.1 BGB), wirkt fort bis zum Widerruf (§ 171 Abs. 2 BGB). Hat der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten eine Vertretungsurkunde ausgehändigt und dieser sie dem Dritten vorgelegt (Fall des § 172 Abs.1 BGB), dann bleibt das Vertrauen auf die Vertretungsmacht geschützt, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben wird (§ 172 Abs. 2 BGB)."

121. **§ 171 BGB ist statt § 172 BGB anzuwenden, wenn Erlaubnisse im Innenverhältnis (z. B. das Handeln im Namen des Vollmachtgebers) mit beurkundet sind. OLG Köln, 14.12.1983 - 2 Wx 33/83** (Rpfleger 1984, 182), **Rn. 9**: "Die Rechtslage beurteilt sich nicht nach § 172 BGB, sondern nach § 171 BGB. Aus dem Inhalt der Erinnerungsschrift läßt sich entnehmen, daß die Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 2) in der Beurkundungsverhandlung mündlich bevollmächtigt hat, im eigenen Namen das veräußerte Grundstück zu beleihen. Diese mündliche Bevollmächtigung ist vom Notar mit beurkundet worden. ..."

122. **Die Vorlage einer Vollmacht bedarf nicht ihrer Prüfung. OLG Frankfurt, 23.11.2007 - 9 U 75/07** (dejure 2007,8748), **Rn. 5**: "***"Vorgelegt" i.S.d. § 172 BGB ist eine Urkunde, wenn sie in Urschrift oder Ausfertigung der sinnlichen Wahrnehmung des Dritten unmittelbar zugänglich gemacht wird*** (RGZ 56, 63, 66; 88, 430, 431; BGHZ 76, 79). Deshalb reicht die bloße Erwähnung, die Urkunde befinde sich in Händen des Erklärenden oder bei den Grundakten, nicht aus (RG JW 1928, 884). Der Dritte muss vielmehr in der Lage sein, sich unmittelbar Kenntnis von der Urkunde zu verschaffen. ***Er braucht jedoch nicht tatsächlich Einsicht in sie zu nehmen***. Daher genügt es zum Beispiel, wenn die Vollmacht dem beurkundenden Richter übergeben worden ist (RGZ 97, 273, 275). Der Notar steht insofern dem Richter gleich (vgl auch BGH Urteil vom 25. November 1964 - V ZR 159/62 = LM BGB § 173 Nr 1)."

123. **Bei notariellem Geschäftsabschluss muss nicht 'Vorlage auf dem Tisch' erfolgen, sondern es muss dem anwesenden Geschäftspartner die Einsichtnahme möglich sein. OLG Frankfurt, 23.11.2007 - 9 U 75/07** (dejure 2007,8748), **Rn. 6**: "Nichts anderes gilt, wenn sich die Urkunde bereits im Besitz oder in Verwahrung der beim Geschäftsabschluss anwesenden Urkundsperson befindet. Dann ist eine Bezugnahme auf die Vollmacht ausreichend (Thiele in Münchner Kommentar, RdNr 10 zu § 172 BGB und Soergel/Schultze v Lasaulx RdNr 5 zu § 172 BGB). Der bei Vertragsschluss anwesende Dritte ist dann ohne weiteres in der Lage, sich die Vollmacht geben zu lassen und unmittelbar Einsicht in sie zu nehmen, unabhängig sowohl davon, ob diese beim Notar lose vorliegt oder Bestandteil einer von ihm angelegten Akte ist, als auch davon, ob sie auf dem Tisch liegt oder sonst im Büro erreichbar ist. Zu verlangen, dass der Notar die Vollmacht ***etwa auf den Tisch legen*** oder irgendeine andere Ersatzhandlung für die "Vorlegung" vornehmen müsste, wäre ***übertriebene Förmelei*** und von dem mit § 172 BGB verfolgten Zweck nicht mehr gedeckt. Dem Erfordernis, dass der Dritte ***die Möglichkeit haben muss, unmittelbar die Vollmacht einzusehen***,

ist mit der Bezugnahme auf die von dem beurkundenden Notar selbst verwahrte und jederzeit für den Dritten zugängliche Vollmacht Genüge getan (BGHZ 76, 79)."

124. **Rechtsscheinhaftung kann auch bei unwirksamer Vollmacht bestehen.** **BGH, 15.10.1987 - III ZR 235/86** (NJW 1988, 697), **LS. 2**: "Wer eine aus materiellen Gründen unwirksame notarielle Vollmacht erteilt, von der bei der notariellen Beurkundung eines Rechtsgeschäfts Gebrauch gemacht wird, kann dem im Beurkundungstermin nicht anwesenden oder vertretenen Geschäftsgegner gegenüber aus Gründen der Rechtsscheinhaftung an die beurkundete Erklärung gebunden sein."

125. **Rechtsscheinhaftung nach § 172 (1) BGB erfolgt durch Urschrift oder Ausfertigung, eine Abschrift genügt nicht.** **BGH, 15.10.1987 - III ZR 235/86** (NJW 1988, 697), **LS. 3**: "§ 172 I BGB setzt voraus, daß der Vertreter dem Dritten die den Rechtsschein erzeugende Urkunde selbst, also in Urschrift oder - bei notariell beurkundeter Vollmacht - in einer Ausfertigung vorlegt; Abschriften genügen regelmäßig nicht."

4.3 Vergütungsansprüche vom und Regressansprüche gegen den Betreuer

126. **Der Aufwendungsersatzanspruch des Betreuers kann durch Treuepflichtverletzungen verwirkt werden.** **OLG Hamm, 25.01.2007 - 15 W 309/06** (FamRZ 2007, 1185), **Rn. 15**: "Insoweit ist anerkannt, dass bei Untreue des Betreuers zum Nachteil des Betreuten der Vergütungsanspruch wegen eines schweren Verstoßes gegen die bestehende Treuepflicht verwirkt sein kann (vgl. BayObLG, NJW 1988, 1919 m. w. N.). Nichts anderes kann wegen der das gesamte Betreuungsverhältnis **erfassenden** Treuepflichtverletzung für den Aufwendungsersatzanspruch nach § 1835 BGB gelten. Der Verwirkungseinwand ist im Festsetzungsverfahren beachtlich, wenn – wie hier aufgrund der rechtkräftigen Verurteilung der früheren Betreuerin wegen Untreue zu Lasten der Betroffenen – die Tatsachen für die Beurteilung der strafrechtlichen Vorwürfe von Unterschlagung oder Untreue feststehen (vgl. BayObLG, NJW 1992, 108, 109)."

127. **Der Rechtsmissbrauchseinwand greift insbesondere aufgrund grober Pflichtverletzungen und Existenz bedrohenden Schaden gegen Aufwendungsersatzansprüche des Betreuers durch.** OLG Hamm, 25.01.2007 - 15 W 309/06 (FamRZ 2007, 1185), **Rn. 18**: "Die Prüfung der Verwirkung von Ansprüchen setzt stets eine umfassende Abwägung aller maßgeblichen und den Fall prägenden Umstände voraus (vgl. BGH, NJW 1995, 1215, 1216; OLG Hamm, FamRZ 1995, 958). ***Der Rechtsmissbrauchseinwand greift insbesondere durch, wenn*** der Berechtigte seine ***Pflichten in grober Weise verletzt*** oder sich bewusst über die Interessen der Person, für die er tätig sein sollte, hinweggesetzt hat und dieser dadurch einen schweren, ihre ***Existenz bedrohenden Schaden*** zugefügt hat, so dass sich die in der Vergangenheit entfaltete Tätigkeit des Berechtigten nachträglich als wertlos oder **zumindest** erheblich entwertet herausstellt, wobei auch eine Teilverwirkung in Betracht kommen kann (vgl. BGH, NJW 2000, 1197, 1198 und 1981, 1211, 1212; WM 1979, 1116; BAG, NJW 1984, 141, 142). Von Bedeutung ist hierbei auch die Höhe des entstandenen Schadens sowie, ob und inwieweit dieser ersetzt worden ist (vgl. BGH, WM 1979, 1116; BAG a. a. O.)"

128. **Ein zeitliches Zusammentreffen des Treue widrigen Verhaltens mit der Abrechnung von treuem Dienst ist für ein Verwirken der Ansprüche nicht erforderlich.** OLG Hamm, 25.01.2007 - 15 W 309/06 (FamRZ 2007, 1185), **Rn. 19**: "Dagegen ist für die Frage der Verwirkung von Ansprüchen nicht darauf abzustellen, ob die fraglichen Vergütungs- bzw. Versorgungsansprüche und die **Amtspflichtverletzungen** dieselben oder unterschiedliche (Abrechnungs-) Zeiträume betreffen (vgl. BAG, a. a. O.). ..."

129. **Vorsätzliche Pflichtverletzungen können auch zur rückblickenden Feststellung des Verlustes der Ansprüche führen.** OLG Hamm, 25.01.2007 - 15 W 309/06 (FamRZ 2007, 1185), **Rn. 22**: "***Der bewusste Verstoß*** der früheren Betreuerin gegen ihre ***grundlegenden Treue- und Fürsorgepflichten*** gegenüber der **Betroffenen**, insbesondere auch im Hinblick auf den ihr übertragenen Aufgabenkreis der Vermögenssorge, lassen ihre während des Betreuungszeitraums entfalteten Tätigkeiten ***rückblickend als weitgehend wertlos erscheinen***."

4.4 Zwangseinweisung

130. Ein Betreuer kann nicht für den Betreuten in eine Zwangsbehandlung einwilligen und auch nicht in eine Unterbringung für eine Zwangsbehandlung. BGH, 08.08.2012 - XII ZB 671/11 (NJW 2012, 3234), **Ls. a (= Rn. 12)**: "Da die Einwilligung des Betreuers in eine Zwangsbehandlung mangels gesetzlicher Grundlage nicht genehmigungsfähig ist, kommt die Genehmigung einer entsprechenden Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht in Betracht, wenn die Heilbehandlung wegen der Weigerung des Betroffenen, sich behandeln zu lassen, nicht durchgeführt werden kann (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 20. Juni 2012 - XII ZB 99/12 und XII ZB 130/12 - jeweils juris)."

131. Ein Betreuer kann allerdings für den Betreuten eine Zwangsunterbringung zum Zwecke einer nur dort möglichen Behandlung veranlassen, wenn sich der Wille des Betroffenen noch nicht gegen eine solche Behandlung manifestiert hat. BGH, 08.08.2012 - XII ZB 671/11 (NJW 2012, 3234), **Rn. 13 (= Ls. b)**: "Die Genehmigung einer Unterbringung zur Heilbehandlung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB kommt deswegen nur noch in den Fällen in Betracht, in denen nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass sich der Betroffene in der Unterbringung behandeln lassen wird, sein natürlicher Wille also nicht bereits der medizinisch notwendigen Behandlung entgegensteht und er die Notwendigkeit der Unterbringung nicht einsieht (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 166, 141, 152 = FamRZ 2006, 615, 618). Solange sich eine Weigerung des Betroffenen, sich behandeln zu lassen, nicht bereits - wie hier - manifestiert hat, die Behandlung mithin nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, ist die Genehmigung der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB also noch möglich."

132. Zwangseinweisung und medizinische Behandlung können die physische und seelische Gesundheit zerstören. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 24**: "… Die Zwangseinweisung und die medizinische Behandlung, der sie unterzogen worden war, hätten sowohl ihre physische als auch seelische Gesundheit zerstört."

133. Das Erfordernis einer Gefahrenprognose samt konkreter Anknüpfungstatsachen von einigem Gewicht gehört zum grundlegenden fachlichen Standard und ist jedem i.S.d. § 321 (1) S. 4 FamFG ausreichend qualifizierten Arzt bekannt. OLG Karlsruhe, 12.11.2015 - 9 U 78/11 (VersR 2016, 254), **Gründe, Kap. II-6.c**: "… Die Ärzte der Beklagten haben im entscheidenden Punkt - nämlich bei der unrichtigen Gefährdungsprognose – grundlegende fachliche Standards verletzt. Jedem Arzt, der in einer anerkannten psychiatrischen Einrichtung im Sinne von § 2 UBG tätig ist, ist bekannt, dass eine Gefährdungsprognose im Sinne von § 1 Abs. 4 UBG ***konkrete Anknüpfungstatsachen*** und einen konkreten Sachverhalt von einigem Gewicht verlangt (vgl. zu den Anforderungen an eine Gefährdungsprognose auch BGH, NJW 2012, 1448). Dies ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Professor Dr. F.. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass ihren Ärzten diese grundlegenden ärztlichen Standards nicht bekannt gewesen wären. ..."

4.5 Begriffliches zur Unterbringung

sie kann auf hoheitliche Anordnung stattfinden (PsychKG), auf Weisung durch den Betreuer (BGB) oder als Maßregelverzug (StPO)

134. Bei einer Unterbringung wird von Freiheitsentziehung gesprochen, wenn keine wirksame Einwilligung vorliegt. **EGMR, 16.06.2005 - 61603/00** (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 74**: "Der Begriff der Freiheitsentziehung im Sinne von Artikel 5 Abs. 1 beinhaltet gleichwohl nicht nur das objektive Merkmal der Unterbringung einer Person an einem räumlich begrenzten Ort für eine nicht unerhebliche Dauer. Bei einer Person ***kann nur von einer Freiheitsentziehung ausgegangen werden, wenn*** sie darüber hinaus subjektiv in die fragliche Unterbringung ***nicht wirksam eingewilligt*** hat (siehe sinngemäß Rechtssache H. M. ./. die Schweiz, a. a. O., Nr. 46). Der Gerichtshof stellt fest, dass sich die Parteien in der 19 vorliegenden Rechtssache nicht darüber einig sind, ob die Beschwerdeführerin in ihren Klinikaufenthalt eingewilligt hatte."

135. Bei der nicht legitimen Verbringung in die Psychiatrie wird von einer "arrangierten Aufnahme" gesprochen, deren Akteure sich mit einem bloßen Hinweis (an die nach Nr. 15 bezüglich

Unterbringungen nicht professionelle Klinik) auf die Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses zufrieden geben können. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 79**: "… Die Klinik sei auch von einer Ärztin, die für eine staatliche Einrichtung tätig gewesen sei und ihre Aufnahme in die Klinik arrangiert habe, darauf hingewiesen worden, dass für ihre Unterbringung in der Klinik ein gerichtlicher Beschluss erforderlich sei. ..."

4.6 Einwilligung in die Unterbringung

136. **Nur die informierte Einwilligung zu einer Unterbringung ist wirksam. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00** (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 28**: "Allein aus der Tatsache, dass sie am Tag ihrer Einweisung in Begleitung ihres Vaters in die Klinik gekommen sei, ergebe sich keine wirksame Einwilligung. Aufgrund des Vortrags der Privatklinik sei es nicht auszuschließen gewesen, dass die Beschwerdeführerin damals nicht in der Lage gewesen sei, die Bedeutung und Tragweite der Unterbringung zu erkennen."

137. **Eine Freiwilligkeitserklärung zur geschlossenen Unterbringung impliziert den Verzicht auf ihre Widerruflichkeit und muss, so sie eine richterlich genehmigte Unterbringung ersetzen soll, eine dieselbe abdeckende zeitliche Reichweite haben.** OLG München, 10.08.2007 - 33 Wx 154/07 (FGPrax 2007, 267), Ls. 2 + Kap. II.-2.-d): "Eine die Unterbringungsgenehmigung erübrigende Erklärung zur Freiwilligkeit des weiteren Klinikaufenthalts muss auch die zeitliche Reichweite der Genehmigung abdecken. **[d]** … Die rechtfertigende Einwilligung in eine konkrete Unterbringung setzt die Kenntnis vom Gegenstand der Einwilligung, d.h. über Art, Dauer usw. der Unterbringung voraus (Bienwald u.a./Hoffmann aaO Rn. 31). ..."

4.7 Voraussetzungen der Unterbringung gegen den Willen des Betroffenen

138. **Das Land manifestiert nicht einen BGB-rechtlichen Unterbringungswillen des Betreuers, dem der Betroffene etwaig zustimmt, mit einer deshalb unnötigen Anordnung zur Unterbringung.** OLG Hamm, 23.09.1999 - 15 W 275/99 (FamRZ 2000, 1122), **Ls.** : "Für eine öffentlich-rechtliche Unterbringung nach Landesrecht ist dann kein Raum, wenn der für den Betroffenen bestellte Betreuer diesen mit dessen Zustimmung zivilrechtlich unterbringen will."

139. **Der Betreuer benötigt für einen Antrag auf Genehmigung der Zwangsunterbringung die Befugnis zur Freiheitsentziehung.** BGH, 14.08.2013 - XII ZB 614/11 (NJW 2013, 3781), **Ls.**: "Voraussetzung der Genehmigung der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB ist, dass für den Betroffenen ein Betreuer gem. §§ 1896 ff. BGB bestellt und ***diesem die Kompetenz eingeräumt ist, im Namen des Betroffenen die Einwilligung in die Freiheitsentziehung zu erklären***. Die Kompetenz zur Einwilligung in die Unterbringung muss dem Betreuer bei Umschreibung seines Aufgabenkreises ausdrücklich eingeräumt werden; im Fall des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB müssen etwa die Aufgabenkreise "***Befugnis zur Unterbringung" oder "Aufenthaltsbestimmungsrecht" einerseits und "Gesundheitsfürsorge"*** andererseits zugewiesen sein."

140. **Eine Unterbringung kann nicht nachträglich angeordnet werden, wenn sie schon vollzogen ist.** AG Lübeck, 13.08.2020 - 9 XIV 17445 L (dejure 2020,25976), **Rn. 10 + 11**: "§ 7 PsychKG setzt voraus, dass die vom psychisch-kranken Menschen ausgehende Gefahr nicht anders als durch eine Unterbringung in einem geeigneten Krankenhaus abgewendet werden kann. Wenn sich der Betroffene allerdings sowieso auf einer geschlossenen Station aufhält, auf der auch die Unterbringung nach PsychKG vollzogen werden würde und er sich aufgrund einer Anordnung des Betreuers, die überdies genehmigt worden ist, dort aufhält, ist die Gefahr bereits genauso abgewendet, wie es eine Unterbringung nach PsychKG könnte. Mithin fehlt es an der Erforderlichkeit, vergleiche auch OLG Hamm, a.a.O. **[11]** Der Umstand, dass bei einer BGB-Unterbringung unterbringungsähnliche Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 nicht mit dem Vorhandensein einer Fremdgefährdung begründet werden können, nötigt nicht zur Annahme der Erforderlichkeit einer PsychKG-Unterbringung neben der aus § 1906 Abs. 1 BGB. Die PsychKG-Unterbringung geht wie gesagt dahin, dass die Unterbringung des Betroffenen angeordnet wird, nicht aber dahin, dass neben einer bereits anderweitig angeordneten Unterbringung nun auch Zimmereinschluss, Fixierung oder sonstige unterbringungs-

ähnliche Maßnahmen angeordnet werden. Der Tenor einer PsychKG-Unterbringung geht nie hinsichtlich unterbringungsähnlicher Maßnahmen. Eine Ausnahme ist auf Basis der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.07.2018 zur Fixierung bei geschlossener Unterbringung nur die 5- und 7-Punkt- Fixierung. Aber auch wenn es um eine 5- oder 7-Punkt-Fixierung ginge, müsste nicht deren Erforderlichkeit beurteilt werden, sondern zunächst die Erforderlichkeit der Unterbringung in einem geeigneten Krankenhaus selbst. Erst bei Bejahung dieser Frage könnte angeordnet, dass während der vollzogenen Unterbringung auch eine Fixierung zu erfolgen hat."

141. Nach Eingang eines Antrags des Betreuers auf Genehmigung der Unterbringung sind zumindest die folgenden Verfahrensschritte obligatorisch. LG Stuttgart, 10.02.2022 - 19 T 46/22 (dejure 2022,2636), **Rn. 9-16**: "So sind nach Eingang eines Antrags des Betreuers auf Genehmigung der Unterbringung und vor Erlass eines genehmigenden Beschlusses zumindest die folgenden Verfahrensschritte einzuhalten: **[10] 1.** Bestellung eines Verfahrenspflegers für den Betroffenen nach § 317 FamFG **[11] 2.** Gewährung rechtlichen Gehörs durch Mitteilung der Person des Sachverständigen sowie dem Zweck der Untersuchung und der Beweisfragen vor der Untersuchung durch den Sachverständigen zu gewähren (vgl. BGH FamRZ 2010, 1726 m.w.N.) **[12] 3.** Bestellung eines nach § 321 Abs. 1 S. 4 FamFG ausreichend qualifizierten Sachverständigen, der nur in Ausnahmefällen der behandelnde Stationsarzt sein soll (vgl. BT-Drs. 17/12086, 11; BGH NJW 2013, 3784), wobei der Sachverständige zwingend vor der Untersuchung des Betroffenen bestellt sein muss (vgl. BGH FamRZ 2013, 1725 Rn. 8) **[13] 4.** Nach Eingang des Gutachtens ist vom Gericht zu prüfen – und der Sachverständige ggf. zur Ergänzung aufzufordern – ob das vorliegende Gutachten den inhaltlichen Anforderungen (§ 321 FamFG) gerecht wird, namentlich ob Art und Ausmaß der Erkrankung im Einzelnen anhand der Vorgeschichte der Betroffenen, der durchgeführten eigenen Untersuchung und der sonstigen Erkenntnisse dargestellt ***und wissenschaftlich begründet*** ist (vgl. BGH NJW 2011, 520; FamRZ 2013, 1725 Rn. 15) und ob der Sachverständige den Betroffenen vor der Untersuchung über seine Stellung und Funktion als Sachverständiger aufgeklärt hat **[14] 5.** Bekanntgabe des Gutachtens rechtzeitig vor der persönlichen Anhörung an den Betroffenen um diesem Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (vgl. § 37 Abs. 2 FamFG; BGH NJW-RR 2016, 257 Rn. 15), wobei dem Betroffenen im Hinblick auf seine Verfahrensfähigkeit (§ 316 FamFG) das Gutachten grds. in seinem vollem Wortlaut persönlich zu überlassen ist (vgl. BGH NJW-RR 2018, 964 Rn. 6; NJW 2017, 668 Rn. 11; FamRZ 2013, 1725 Rn. 11) oder in Abweichung hiervon die Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 FamFG, die durch den Sachverständigen festzustellen sind, im Beschluss niedergelegt werden müssen (vgl. BGH NJW-RR 2016, 257 Rn. 15) **[15] 6.** Bekanntgabe des Gutachtens rechtzeitig vor der persönlichen Anhörung an die übrigen Beteiligten (Verfahrenspfleger, Betreuerin) um diesen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Hierbei ist dem Verfahrenspfleger vor der Anhörung zusätzlich die Möglichkeit einzuräumen, das Gutachten vorab mit dem Betroffenen zu erörtern und so im Rahmen der Anhörung Stellung nehmen zu können (vgl. BGH Bt-Prax 2010, 278; FamRZ 2011, 1289 Rn. 8). **[16] 7.** Durchführung einer persönlichen Anhörung des Betroffenen durch das Gericht, wobei den übrigen Beteiligten (insbes. Verfahrenspfleger, Betreuerin) die Teilnahme ermöglicht werden muss."

142. Das Rechtliche Gehör zur Unterbringung umfasst die Möglichkeit sich auf eine Stellungnahme zum Gutachten vorbereiten zu können. BGH, 16.05.2018 - XII ZB 14/18 (NJW-RR 2018, 964), **Ls. + Rn. 8**: "In einem Unterbringungsverfahren ist das Sachverständigengutachten grundsätzlich mit seinem vollen Wortlaut an den Betroffenen persönlich bekanntzugeben. Davon kann nur unter den Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 FamFG abgesehen werden (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 8. März 2017 - XII ZB 516/16 - FamRZ 2017, 911). **[8]** Weder aus den Feststellungen des Landgerichts noch aus den Gerichtsakten lässt sich entnehmen, dass der Inhalt des Gutachtens dem Betroffenen in vollem Umfang bekannt gegeben worden ist. Ausweislich des Protokolls des Amtsgerichts über den am 5. Oktober 2017 durchgeführten Anhörungstermin wurde das Gutachten lediglich mit dem Betroffenen erörtert. Dies genügt den verfahrensrechtlichen Anforderungen nicht, weil dem Betroffenen damit die Möglichkeit genommen wird, sich auf den Anhörungstermin ausreichend vorzubereiten und durch die Erhebung von Einwendungen und Vorhalte an

die Sachverständige eine andere Einschätzung zu erreichen. Ebenso wenig enthält das Sachverständigengutachten einen Hinweis darauf, dass der Betroffene durch dessen Bekanntgabe Gesundheitsnachteile entsprechend § 325 Abs. 1 FamFG zu befürchten hätte (vgl. Senatsbeschluss vom 8. März 2017 - XII ZB 516/16 - FamRZ 2017, 911 Rn. 6)."

143. Rechtliches Gehör im Verfahren zur Unterbringung in einem besonders gesicherten Raum setzt die vollständige Information des Betroffenen voraus. BGH, 07.12.2022 - XII ZB 86/22 (NJW-RR 2023, 362), **Ls. + Rn. 3+4**: "Die Dauer der gerichtlichen Zustimmung zur Unterbringung in einem besonders gesicherten Raum während des Maßregelvollzugs bedarf der konkreten, sachverständig gestützten Begründung, welche den gesamten Unterbringungszeitraum abdeckt (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 29. September 2021 XII ZB 300/21 FamRZ 2022, 57). **[3]** Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt nach der in der Rechtsbeschwerdeinstanz entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 62 Abs. 1 FamFG (vgl. Senatsbeschluss vom 2. Dezember 2020 XII ZB 291/20 FamRZ 2021, 462 Rn. 5 f. mwN) iVm § 32 Abs. 3 Satz 4 StrUG NRW, §§ 121 a, 121 b Abs. 1 StVollzG zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlüsse des Amtsgerichts und des Landgerichts. **[4]** Die Rechtsbeschwerde rügt zu Recht die Verfahrensfehlerhaftigkeit der vorinstanzlichen Beschlüsse. Wie sie zutreffend anführt, geht aus der Akte nicht hervor, dass dem Betroffenen das zugrundeliegende ärztliche Zeugnis vom Amtsgericht zur Kenntnis gebracht worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 30. Juni 2021 XII ZB 573/20 FamRZ 2021, 1742 Rn. 14 mwN). Dieses ist auch vom Landgericht nicht nachgeholt worden, das die ergänzende mündliche Stellungnahme des Chefarztes der Landesklinik dem Betroffenen ebenfalls nicht mitgeteilt hat. Da es infolgedessen in beiden Instanzen mangels vollständiger Information des Betroffenen auch an einer ordnungsgemäßen Anhörung mangelt, hat der Betroffene kein ausreichendes rechtliches Gehör zu der ihn betreffenden freiheitsentziehenden Maßnahme erhalten."

4.8 Gefahren für Untergebrachte

144. Theoretisch gültige Schutzvorschriften wirken in Psychiatrien nicht immer auch praktisch. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 105**: "… Diese [gesetzlichen] Schutzvorkehrungen wurden jedoch in den heikleren Fällen, in denen Personen ohne einen derartigen Beschluss in einer psychiatrischen Einrichtung untergebracht waren, nicht angewandt. …"

145. Es gibt eine große Missbrauchsgefahr im Bereich der unrechtmäßigen zwangsweisen Unterbringung. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 106**: "Das Fehlen jeglicher effektiver staatlicher Kontrolle wird am Auffälligsten durch die Tatsache belegt, dass die Polizei die Beschwerdeführerin am 4. März 1979 gewaltsam an den Ort der Freiheitsentziehung, von dem sie geflohen war, zurückgebracht hatte. Somit hatten die Behörden - wie bereits oben ausgeführt - an der Unterbringung der Beschwerdeführerin in der Klinik mitgewirkt, und ***ihre Flucht und offenkundige Rückkehrunwilligkeit hatten zu keinerlei Überprüfung der Rechtmäßigkeit ihres Zwangsaufenthalts in der Klinik geführt. Dies lässt die große Missbrauchsgefahr in diesem Bereich erkennen, insbesondere in Fällen wie dem der Beschwerdeführerin, in dem Familienkonflikte*** und eine Pubertätskrise Ursache ihrer Schwierigkeiten und ihrer langen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gewesen waren. Von daher ist der Gerichtshof nicht überzeugt, dass die von den staatlichen Stellen ausgeübte Aufsicht, die sich nur auf die Erteilung einer Konzession für die Führung einer Privatklinik nach § 30 der Gewerbeordnung beschränkte, ausreichte, um eine fachkundige regelmäßige Aufsicht zum Schutz vor Freiheitsentziehung in einer solchen Klinik sicherzustellen. ..."

146. Unrechtmäßig Untergebrachte müssen den zwangsweisen Medikamentenmissbrauch fürchten, z. B. zum Aushorchen Ihres Zeugenpotentials. **EGMR, 16.06.2005 - 61603/00** (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 23**: "Am 6. Oktober 1999 erstatte Dr. K., Fachärztin für Psychiatrie, ebenfalls auf Ersuchen der Beschwerdeführerin ein zweites Gutachten. In Übereinstimmung mit Dr. L. kam sie zu der Feststellung, dass die Beschwerdeführerin im Kindes- und Jugendalter nie an einer Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis gelitten, sondern sich damals mitten in einer pubertären Krise befunden habe. Aufgrund der seinerzeit gestellten falschen Diagnose seien ihr über lange Jah-

re Medikamente verabreicht worden, deren negative Folgewirkungen bereits damals bekannt gewesen seien. Wegen der Poliomyelitis der Beschwerdeführerin wäre äußerste Vorsicht angezeigt gewesen. Diesbezüglich sei die Situation in der Klinik Dr. Heines anscheinend besonders dramatisch gewesen: Freiheitsentzug ohne richterlichen Beschluss, keine Rechtsgrundlage für die Unterbringung, ***eine zu hohe Dosierung der Medikamente, die auch dazu diente, die Beschwerdeführerin zu befragen***, sowie Methoden, die zur „schwarzen Pädagogik“ zu zählen seien."

147. Erfolglose Fluchtversuche von unrechtmäßig Untergebrachten führen zu der Gefahr, anschließend gefesselt zu werden. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 76**: "Im Hinblick auf den fortdauernden Aufenthalt der Beschwerdeführerin in der Klinik erachtet der Gerichtshof die unbestrittene Tatsache, dass die Beschwerdeführerin mehrere Fluchtversuche unternommen hat, als entscheidenden Faktor in der vorliegenden Rechtssache. ***Sie musste gefesselt werden, um sie an der Flucht zu hindern***, und nach einem gelungenen Fluchtversuch von der Polizei in die Klinik zurückgebracht werden.

148. Psychiatrie Entronnene müssen damit rechnen, von der Polizei gewaltsam zurück gebracht zu werden. Sogar in Kliniken, welche keine Genehmigung zur Unterbringung haben. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 15+146**: "Die mittlerweile volljährige Beschwerdeführerin war nicht entmündigt worden, hatte nie eine Erklärung unterzeichnet, durch die sie in ihre Unterbringung eingewilligt hätte, und es gab auch keine Gerichtsentscheidung, durch die ihre Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus genehmigt worden wäre. ***Die Privatklinik Dr. Heines war nicht berechtigt, Patienten aufzunehmen***, bei denen nach dem Gesetz des Landes Bremen über die Unterbringung von Geisteskranken, Geistesschwachen und Süchtigen eine Unterbringung vorlag (siehe Abschnitt „Einschlägiges innerstaatliches Recht“, unten). Am 4. März 1979 wurde die Beschwerdeführerin ***nach einem Fluchtversuch von der Polizei gewaltsam in die Klinik zurückgebracht.*** **[146]** Unter Hinweis auf seine Feststellungen zu Artikel 5 Abs. 1 (siehe Nrn. 90 und 91, oben) stellt der Gerichtshof fest, dass die Polizei die Beschwerdeführerin am 4. März 1979 gewaltsam in die Klinik zurückgebracht und damit ihre weitere Behandlung dort ermöglicht hatte. ***Von da an haben die Behörden aktiv mitgewirkt*** und hatten deshalb die anschließende medizinische Behandlung der Beschwerdeführerin ***zu verantworten.***"

149. Psychiatrie Entronnene müssen das Verschwinden von Originalakten fürchten, welche die Waffengleichheit vor Gericht in Frage stellt - und zwar in die, ob die Garantie des fairen Verfahrens aus Art. 6 (1) EMRK beachtet worden ist. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 161**: "Soweit die Beschwerdeführerin rügte, dass die zuständigen Gerichte ihr keine Beweiserleichterungen gewährt hätten, ***weil ihre Originalkrankenakte zeitweise verschwunden war***, ist der Gerichtshof aufgefordert zu prüfen, ***ob der Grundsatz der Waffengleichheit als ein Aspekt des nach Artikel 6 Abs. 1 der Konvention garantierten Rechts auf ein faires Verfahren beachtet worden ist***. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass der Grundsatz der Waffengleichheit voraussetzt, dass in einem Rechtsstreit, in dem es um widerstreitende Privatinteressen geht, jeder Partei angemessen Gelegenheit gegeben werden muss, ihren Fall einschließlich ihrer Beweismittel unter Voraussetzungen darzustellen, die sie gegenüber der Gegenpartei nicht wesentlich benachteiligen (siehe u. a. Rechtssache *Dombo Beheer BV*, a. a. O., S. 19, Nr. 33, und Rechtssache *Hämäläinen u. a../. Finnland,* Entscheidung Nr. 351/02 vom 26. Oktober 2004)."

150. Unrechtmäßig Untergebrachte müssen fürchten, dass es der Rechtsstaat unterlässt, die Rechtmäßigkeit seines eigenen Handelns zu überprüfen und statt dessen versucht, das Geschehen nachträglich zu legalisieren. Die staatliche Verantwortung kann aber dadurch nicht entfallen. Das Verständnis des letzten Satzes dieser Urteilsnummer erhellt sich unter Gebrauch *geänderter* und [ergänzter] Wörter wie folgt: "Obwohl die Behörden die Unterbringung der Beschwerdeführerin in der Klinik *noch* gegen Ende [welches frühestens der 05.04.1979 war, siehe Nr. 14!] ihres Aufenthalts [für die Zukunft] *legalisiert* hatten, *blieben* sie [mindestens für die Zwischenzeit] verantwortlich, weil deren Unterbringung ansonsten [, also rechtmäßiger weise schon] an diesem Tag [, dem 04.03.1979] beendet gewesen wäre." EGMR, 16.06.2005 -

61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 91**: "Der Gerichtshof stellt gleichwohl fest, dass die Polizei die Beschwerdeführerin am 4. März 1979 nach ihrer Flucht aus der Klinik gewaltsam zurückgebracht hatte. Somit haben die Behörden an der Unterbringung der Beschwerdeführerin in der Klinik aktiv mitgewirkt. Der Gerichtshof stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die ausdrückliche Weigerung der Beschwerdeführerin, in die Klinik zurückzukehren, bewirkt hat, dass die Rechtmäßigkeit der Unterbringung der Beschwerdeführerin in einem Privatkrankenhaus seitens der Polizei oder einer anderen Behörde überprüft worden ist. ***Obwohl die Behörden die Unterbringung der Beschwerdeführerin in der Klinik erst gegen Ende ihres Aufenthalts veranlasst hatten, waren sie verantwortlich, weil deren Unterbringung ansonsten an diesem Tag beendet gewesen wäre.***"

151. Zu unrecht Untergebrachte müssen auch noch nach ihrer Entlassung mit erheblichen Schwierigkeiten rechnen, wie z. B. den Verlust der Sprechfähigkeit, dass ihnen Akteneinsicht verwehrt wird und dass sie als psychisch krank angesehen werden, bevor sie ihre Gesundheit bewiesen haben. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 96**: "Im Gegensatz zum Landgericht hat es [das OLG] auch ihren ***Schwierigkeiten nach der Entlassung*** aus der Klinik nicht Rechnung getragen. Die Beschwerdeführerin hatte während ihres Klinikaufenthalts und lange nach ihrer Entlassung starke Medikament erhalten. Es ist unbestritten, dass sie damals unter schweren körperlichen Ausfallerscheinungen gelitten und insbesondere mehr als elf Jahre lang (von 1980 bis 1991/1992) ihre ***Sprechfähigkeit verloren*** hatte. Sie war auch ***als psychisch krank angesehen*** worden, bis sie 1994 und 1999 schließlich zwei gegenteilige Sachverständigengutachten einholte. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführerin bis zur Erhebung der Klage vor dem Landgericht Bremen Einsichtnahme in die ***Krankenakte*** über ihre Behandlung in der Klinik ***verwehrt*** worden war. Insoweit berücksichtigt der Gerichtshof auch, dass aufgrund einer von der Beschwerdeführerin beigebrachten Entscheidung des Landgerichts Marburg die Verjährungsfrist nach § 852 BGB erst zu laufen beginnt, wenn der Verletzte Zugang zu seiner Krankenakte hat."

4.9 Beschwerden, allgemein

152. Das nicht faire Unterbringungsverfahren verletzt den Grundrechtsschutz des Betroffenen und macht die Freiheitsentziehung bereits rechtswidrig, selbst wenn die materiellen Unterbringungsvoraussetzungen vorliegen sollten. LG Stuttgart, 10.02.2022 - 19 T 46/22 (**dejure 2022,2636**), **Rn. 19, 21 + 25**: "Aufgrund dieses Vorgehens und der Verfahrensweise des Amtsgerichts in ähnlichen Fällen in den vergangenen Jahren, die wiederholt zu Aufhebungen der Nichtabhilfebeschlüsse geführt haben, sieht sich die Kammer gehalten, nochmals auf die einzuhaltenden Verfahrensvorschriften hinzuweisen, insbesondere deshalb, weil die ordnungsgemäße Durchführung der Unterbringungsverfahren dem Schutz der in einem erheblichen Maße betroffenen Grundrechte dient und ***allein formale Fehler zur Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung führen, selbst wenn die materiellen Unterbringungsvoraussetzungen vorliegen sollten***. Weiter erfüllt das Abhilfeverfahren nach dem klaren Willen des Gesetzgebers eine Kontrollfunktion für die erstinstanzlichen Gerichte und soll nicht nur dazu dienen, die Beschwerdegerichte von unnötigen und evident begründeten Beschwerden zu entlasten. … **[21]** Die Entscheidung über die Abhilfe hat stets durch Beschluss zu ergehen, der grundsätzlich einer Begründung bedarf (BGH NVwZ 2011, 127; OLG Köln FGPrax 2011, 128). Im Beschluss muss eine ausreichende Auseinandersetzung mit dem Beschwerdevorbringen stattfinden. Die Anforderungen an die Begründungsintensität hängen vom Einzelfall ab, wobei der Beschluss zumindest in Verbindung mit dem Ausgangsbeschluss erkennen lassen muss, dass das erstinstanzliche Gericht das wesentliche Beschwerdevorbringen beachtet hat und seiner Pflicht zur Prüfung und Selbstkontrolle im Abhilfeverfahren nachgekommen ist (OLG Düsseldorf FamRZ 2012, 653). ***Die Formulierung „Der Beschwerde wird aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses nicht abgeholfen“ ist nur dann angezeigt, wenn sich der Beschwerdeführer darauf beschränkt hat, sein erstinstanzliches Vorbringen zu wiederholen (OLG Schleswig BeckRS 2010, 30080)***. Wesentlich ist der Verfahrensmangel daher, wenn das Verfahren des ersten Rechtszugs an einem so erheblichen Mangel leidet, dass es keine ordnungsgemäße Grundlage für eine die Instanz beendende Entscheidung sein kann (BGH NJW-RR 2015, 323; NZI 2010, 449; NJW 2001, 1500). Ob ein wesentlicher Verfahrensfehler vorliegt, ist hierbei aufgrund des materiell-

rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts zu beurteilen (BGH NZI 2010, 449). ***Eine unzureichende Sachaufklärung, verbunden mit der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, stellt einen solchen wesentlichen Verfahrensmangel dar (OLG Naumburg FamRZ 2014, Seite 1884); ebenso eine unterbliebene umfangreiche Anhörung von Beteiligten*** (OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2015, 1521; OLG Celle FamRZ 2013, 1681; OLG Saarbrücken NJOZ 2009, 1566; OLG Hamm FamRZ 2012, 725). … **[25]** Bereits die Verfahrensführung ist verfehlt und anscheinend von dem Bemühen getragen, ***auf dem Papier die Voraussetzungen für eine Hauptsacheentscheidung darzulegen*** ohne der Grundrechtsrelevanz der Verfahrensvorschriften in der gebotenen Weise Rechnung zu tragen ***(Grundrechtsschutz durch Verfahren)***. So zeigt sich im Verfahren eine Verletzung rechtlichen Gehörs der Betroffenen durch die fehlerhafte Anhörung (Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze durch Nichtübergabe des „Gutachtens“ an den Verfahrenspfleger vor Durchführung der Anhörung), der Verwertung eines „Gutachtens“, das die inhaltlich-fachlichen Voraussetzung des § 321 FamFG an ein Sachverständigengutachten (in einer Hauptsache) nicht erfüllt und mangelnden Feststellungen, ob die Sachverständige die notwendige Qualifikation nach § 321 Abs. 1 S. 4 FamFG besitzt, ob das „Gutachten“ von der bestellten Sachverständigen allein erstellt wurde, ob die Sachverständige sich ggü. der Betroffenen als Sachverständige zu erkennen gab und die Betroffene hinreichend aufgeklärt hat, ob die Sachverständige die Betroffene in der Funktion als Sachverständige und nicht als Stationsärztin selbst untersucht hat, nicht getroffen wurden."

153. **Die Rechtsbeschwerdefrist beginnt auch bei Postempfangsbefugnis durch den Betreuer erst mit Zustellung an den Betroffenen selbst.** BGH, 07.08.2019 - XII ZB 29/19 (NJW 2019, 3384), **Rn. 5**: "Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, insbesondere nicht erst nach Ablauf der Monatsfrist des § 71 Abs. 1 Satz 1 FamFG eingelegt. Diese Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an den Betroffenen, die hier gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG durch Zustellung hätte erfolgen müssen. Aus der Akte ist indes eine Zustellung nur an den Betreuer, nicht jedoch an den Betroffenen ersichtlich. Der Betreuer ist aber insoweit mit Blick auf die gemäß § 275 FamFG unabhängig von der Geschäftsfähigkeit bestehende Verfahrensfähigkeit des Betroffenen nicht dessen Vertreter, was auch dann gilt, wenn der Aufgabenkreis wie hier die Entgegennahme, das Anhalten und das Öffnen der Post umfasst (vgl. Senatsbeschluss vom 2. Dezember 2015 XII ZB 283/15 FamRZ 2016, 296 Rn. 20 mwN). Daher fehlt es an einer wirksamen Bekanntgabe, so dass die Rechtsbeschwerdefrist noch nicht zu laufen begonnen hat (vgl. Senatsbeschluss vom 24. Oktober 2018 XII ZB 188/18 FamRZ 2019, 477 Rn. 11 mwN)."

154. **Die Hinweispflicht an den Betroffenen persönlich gilt sogar dann, wenn dieser selbst einmal Rechtsanwalt war.** BGH, 07.08.2019 - XII ZB 29/19 (NJW 2019, 3384), **Rn. 15**: "cc) Aus diesem Grund kann dahinstehen, dass das Landgericht seiner Pflicht, den anwaltlich nicht vertretenen und auch selbst nicht mehr als Rechtsanwalt zugelassenen Betroffenen vor der Verwerfung auf das Fehlen des Feststellungsantrags hinzuweisen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 20. Juni 2018 XII ZB 489/17 FamRZ 2018, 1361 Rn. 19 und vom 2. September 2015 XII ZB 138/15 FamRZ 2015, 1959 Rn. 16), nicht genügt hat. Ein dahingehender Hinweis des Landgerichts ist zwar per Postzustellungsurkunde an den Betroffenen abgesandt worden. Die darin angegebene Adresse ist jedoch wohl wegen der vom Betreuer auf der Grundlage seines Aufgabenkreises veranlassten Postweiterleitung in die Adresse des Betreuers geändert worden, so dass nach Aktenlage allein dieser den Hinweis erhalten hat."

155. **Der Vorsorge-Bevollmächtigte steht einem durch dritte (getätigten oder zugetragenen) wirksamen Widerruf keineswegs rechtlos gegenüber, sondern kann seine Vollmacht noch namens des Vollmachtgebers bis zur Beschwerde verteidigen.** BGH, 28.07.2015 - XII ZB 674/14 (BGHZ 206, 321), **Ls. a, b, c**: "Der ***Betreuer kann eine Vorsorgevollmacht nur widerrufen, wenn ihm diese Befugnis*** als eigenständiger Aufgabenkreis ***ausdrücklich zugewiesen ist*** (Abgrenzung zu den Senatsbeschlüssen vom 13. November 2013 XII ZB 339/13 FamRZ 2014, 192 und vom 1. August 2012 XII ZB 438/11 FamRZ 2012, 1631). **[b]** ***Dieser Aufgabenkreis darf einem Betreuer nur dann übertragen werden, wenn das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher***

Schwere befürchten lässt und mildere Maßnahmen nicht zur Abwehr eines Schadens für den Betroffenen geeignet erscheinen. **[c]** ***Auch nach einem wirksamen Widerruf der Vorsorgevollmacht durch den Betreuer kann der Bevollmächtigte noch im Namen des Betroffenen Beschwerde gegen die Betreuerbestellung einlegen*** (Fortführung der Senatsbeschlüsse vom 15. April 2015 XII ZB 330/14 FamRZ 2015, 1015 und vom 5. November 2014 XII ZB 117/14 FamRZ 2015, 249)."

4.10 Beschwerde nach Erledigung in der Hauptsache (§§ 58-69 FamFG)

156. Ein gestellter § 62 FamFG-Feststellungsantrag muss auch aus anders formulierten Vorbringen konkludent geschlossen werden und wohnt i.d.R bereits einer detaillierten Beschwerdebegründung inne. **BGH, 07.08.2019 - XII ZB 29/19** (NJW 2019, 3384), **Rn. 13 + 14**: "Die Anforderungen an die Formulierung dieses Antrags dürfen jedoch nicht überspannt werden. ***Es reicht aus, wenn sich aus dem gesamten Vorbrin-gen des Betroffenen konkludent das Begehren ergibt, die Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahme überprüfen zu lassen*** (OLG Karlsruhe FGPrax 2003, 99 f.; Jürgens/Kretz FamFG 5. Aufl. § 62 Rn. 4; Keidel/Budde FamFG 19. Aufl. § 62 Rn. 10; Zöller/Feskorn ZPO 32. Aufl. § 62 FamFG Rn. 9). Allerdings muss zum Ausdruck kommen, dass eine Sachentscheidung auch in Ansehung der Erledigung der Hauptsache begehrt wird, wofür es auf das wohlverstandene Interesse des Beschwerdeführers ankommt (vgl. MünchKomm-FamFG/A. Fischer 3. Aufl. § 62 Rn. 28; vgl. auch OLG Köln FGPrax 2011, 44, 45; BeckOK FamFG/Obermann [Stand: 1. Juli 2019] § 62 Rn. 8). **[14]** bb) Wie die vom Senat als Rechtsbeschwerdegericht selbst vorzunehmende Auslegung der Verfahrenserklärungen des Betroffenen ergibt, ist ***nach diesen rechtlichen Maßgaben eine auf Feststellung gemäß § 62 FamFG gerichtete Antragstellung entgegen der Annahme des Landgerichts bereits mit der Beschwerdebegründung erfolgt***. Zwar enthält diese keinen ausdrücklichen Feststellungsantrag. Sie datiert aber nach dem Widerruf der Zulassung, der Betroffene nimmt darin auf den vom Betreuer erklärten Verzicht Bezug und rügt trotz Kenntnis von dem letztlich zur Erledigung führenden Ereignis mehrfach ausdrücklich die Rechtswidrigkeit der Betreuungserweiterung. Dieses Begehren kann nur dahin verstanden werden, dass es dem Betroffenen auf eine entsprechende Feststellung ankommt. Das ist hier für die Antragstellung nach § 62 Abs. 1 FamFG ausreichend."

157. Nach Erledigung der Hauptsache im Betreuungsverfahren kann von der Betreuungsbehörde kein Feststellungsantrag nach § 62 FamFG gestellt werden. BGH, 20.08.2014 - XII ZB 205/14 (MDR 2014, 1340), **Ls., Rnn. 6+7**: "Nach Erledigung der Hauptsache im Betreuungsverfahren kann von der Betreuungsbehörde kein Feststellungsantrag nach § 62 FamFG gestellt werden (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 15. Februar 2012 - XII ZB 389/11 - FamRZ 2012, 619, vom 24. Oktober 2012 - XII ZB 404/12 - FamRZ 2013, 29 und vom 13. November 2013 - XII ZB 681/12 - FamRZ 2014, 108). [6] Die Betreuungsbehörde ist jedoch nicht befugt, eine Sachentscheidung über einen Feststellungsantrag nach § 62 Abs. 1 FamFG herbeizuführen, denn für diesen Antrag fehlt ihr die erforderliche Antragsberechtigung. Ein Antragsrecht ergibt sich für die Betreuungsbehörde insbesondere nicht aus § 303 Abs. 1 Nr. 1 FamFG, wonach ihr das Recht der Beschwerde gegen Entscheidungen u.a. über die Bestellung eines Betreuers eingeräumt ist. Denn § 62 Abs. 1 FamFG setzt nach seinem eindeutigen Wortlaut voraus, dass der "Beschwerdeführer" selbst durch die erledigte Maßnahme in seinen Rechten verletzt worden ist."

158. Ein Betreuungsverfahren ist durch Einstellung der Betreuung in der Hauptsache erledigt. BGH, 20.08.2014 - XII ZB 205/14 (MDR 2014, 1340), **Rn. 4**: "Dadurch, dass das Amtsgericht die eingerichtete Betreuung durch zwischenzeitlichen Beschluss vom 8. Mai 2014 aufgehoben hat, ist das Verfahren betreffend die Anordnung der Betreuung in der Hauptsache erledigt."

159. Die Feststellung nach § 62 FamFG, durch eine Gerichtsentscheidung in den Rechten verletzt worden zu sein, kann auch auf Verfahrensfehlern beruhen. BGH, 29.01.2014 - XII ZB 330/13 (NJW-RR 2014, 642), **Rn. 23**: "Die Feststellung, dass ein Betroffener durch angefochtene Entscheidungen in seinen Rechten verletzt ist, kann grundsätzlich auch auf einer Verletzung des Verfahrensrechts beruhen. Dabei ist die Feststellung nach § 62 FamFG jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn der Verfahrensfehler so gravierend ist, dass die Entscheidung den Makel einer rechtswidrigen Freiheits-

entziehung hat, der durch Nachholung der Maßnahme rückwirkend nicht mehr zu tilgen ist (Senatsbeschluss vom 15. Februar 2012 XII ZB 389/11 FamRZ 2012, 619 Rn. 27 mwN)."

160. **Die rechtswidrige Betreuerbestellung kann feststellungsfähig sein.** LG Darmstadt, 04.05.2010 - 5 T 86/10 (FamRZ 2010, 1474), **Rn. 19**: "Auch die Bestellung eines Betreuers stellt, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 10.10.2008 (Az. 1 BvR 1415/08 = BtPrax 2009, 27-29) festgestellt hat, für den Betreuten einen gewichtigen Grundrechtseingriff dar. Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit ist zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes daher zumindest in den Fällen gegeben, in denen sich die direkte Belastung durch die angegriffene Betreuerbestellung zwar erledigt hat, eine Sachentscheidung nach dem typischen Verfahrensablauf aber in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht zu erlangen war (BVerfG a.a.O.)."

161. **Bei Zustimmung zur Betreuung ist die spätere Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung einer Betreuung kaum noch zu erreichen.** LG Darmstadt, 04.05.2010 - 5 T 86/10 (FamRZ 2010, 1474), **Rn. 27**: "Die Frage, ob die Betroffene einen freien Willen bilden kann, war nicht näher zu erörtern, da die Betreuung nicht gegen ihren Willen (§ 1896 Abs. 1a BGB) angeordnet wurde. Die Betroffene erklärte anlässlich der Anhörung am 08.06.2009 sogar ausdrücklich, sie sei mit der Betreuung einverstanden."

5 Coronarecht

5.1 Maskenpflicht

162. **Die Maskenpflicht im Gericht benötigt eine eigene Ermächtigungsgrundlage.** VG Sigmaringen, 20.05.2022 - 8 K 1934/22 (dejure 2022,12014), **Ls., Rn. 33 +34**: "Unter der derzeit gültigen Fassung des § 28a Abs. 7 IfSG ist kein Raum für eine auf das Hausrecht des Gerichtspräsidenten gestützte Anordnung einer Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske im Gerichtsgebäude. Die diesbezüglichen Regelungen in § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 IfSG iVm der derzeit geltenden Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung - CoronaVO) (juris: CoronaVV BW 11) sind abschließend.(Rn.34) **[33]** a) Für die streitgegenständliche Anordnung der Maskenpflicht dürfte es nach der vorläufigen Einschätzung der Kammer bereits an einer Ermächtigungsnorm fehlen. Weder das Infektionsschutzgesetz selbst noch die derzeit geltende Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung – CoronaVO) vom 29. April 2022 in der Fassung vom 2. Mai 2022 bieten dem Präsidenten des Landgerichts ... eine einschlägige Ermächtigungsgrundlage zur Anordnung der streitigen Maskenpflicht (so auch VG Gießen, Beschluss vom 02. Mai 2022, Az. 3 L 793/22.GI, juris Rn. 23). **[34]** … Angesichts der abschließenden Regelung der Bereiche, in denen die Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske oder einer medizinischen Gesichtsmaske nach § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 IfSG unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite angeordnet werden kann und angesichts der detaillierten Regelungen hierzu in der CoronaVO ist es nach vorläufiger Prüfung der Rechtslage durch die Kammer sehr fraglich, ob das gewohnheitsrechtlich anerkannte Hausrecht (BVerfG, Beschluss vom 14. März 2012, Az. 2 BvR 2405/11, juris Rn. 24; BVerwG, Beschluss vom 17. Mai 2011, Az. 7 B 17.11, juris Rn. 8; VG Berlin, Beschluss vom 15. März 2021, Az. 1 L 181/21, juris Rn. 7) des Gerichtspräsidenten eine geeignete Ermächtigungsnorm für die Anordnung einer Maskenpflicht im Gerichtsgebäude ist."

6 Datenschutzrecht

6.1 DSGVO (Verordnung (EU) 2016/679, seit 25.05.2018) – Grundsätze

163. **Richtig und unrichtig werden an der Wirklichkeit gemessen.** BVerwG, 02.03.2022 - 6 C 7.20 (NVwZ 2022, 1205), **Rn.** : "(a) Maßstab für die Qualifizierung eines Datums als "richtig" oder "unrichtig" im Sinne des Art. 16 Satz 1 DSGVO ist zunächst die objektive Wirklichkeit. Richtig ist ein

Datum, das mit der Wirklichkeit übereinstimmt; unrichtig ist es, wenn es ihr nicht entspricht (so auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 1. Juli 2020 - 3 S 24/20 - juris Rn. 6; LSG Essen, Urteil vom 24. Juli 2020 - L 21 AS 195/19 - juris Rn. 24; Meents/Hinzpeter, in: Taeger/Gabel, DSGVO - BDSG - TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 16 Rn. 8; Paal, in Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl. 2021, Art. 16 DSGVO Rn. 15; Peuker, in: Sydow, Europäische Datenschutzverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 16 Rn. 11; vgl. zum Berichtigungsanspruch nach § 20 Abs. 1 Satz 1 BDSG a.F. auch BVerwG, Beschluss vom 4. März 2004 - 1 WB 32.03 - BVerwGE 120, 188 <190>). "

164. **Auch Petitionsausschüsse sind der DSGVO verpflichtet.** VG Wiesbaden, 31.08.2020 - 6 K 1016/15.WI (dejure 2020,37087), **Ls. 1**: "Auf den Petitionsausschuss des Hessischen Landtages findet die Datenschutzgrundverordnung (Verordnung (EU) 2016/679 - DS-GVO) Anwendung."

6.2 DSGVO – Rechte und Pflichten

165. **Datenschutz relevante Daten reichen bis hin zu Gesprächsnotizen und Telefonvermerken.** LG-Köln, 11.11.2020 - 23 O 172/19 (dejure 2020,36437), **Tenor**: "Die Beklagte wird verurteilt, betreffend den Krankheitskostenversicherungsvertrag mit der Nummer ##### der Klägerin zu 1. und zu Händen der Klägerin zu 1. der am 02.06.2012 geborenen L und betreffend den Krankheitskostenversicherungsvertrag mit der Nummer ##### dem Kläger zu 2. über die mit Schreiben vom 01.08.2018 erteilten Aufstellungen der Personendaten aus der zentralen Datenverarbeitung (Anlagen K 13 bis K 15 zur Klageschrift vom 09.11.2018) hinaus Auskunft zu sämtlichen weiteren diese betreffenden personenbezogenen Daten, insbesondere auch in ***Gesprächsnotizen und Telefonvermerken***, Angaben zum Versicherungskonto/Prämienkonto, zu den von der Beklagten regulierten Leistungen und den zur Erstattung eingereichten Rezepten und Arztrechnungen, sowie zu den bei der Beklagten gespeicherten Antrags- und Risikobewertungsunterlagen zur Erweiterung des Versicherungsschutzes, der mit der Erklärung der Beklagten vom 14.06.2018 angefochten worden war, zu erteilen, welche die Beklagte gespeichert, genutzt und verarbeitet hat."

166. **Datenschutz relevante Daten reichen bis hin zu Telefonnotizen, Aktenvermerken, Protokollen, E-Mails, Briefen und Zeichnungsunterlagen.** **LG-München I, 06.04.2020 - 3 O 909/19** (dejure 2020,22061), **Tenor 1**: "Die Beklagten werden verurteilt, der Klägerin Kopien aller personenbezogenen Daten - insbesondere in Form von Telefonnotizen, Aktenvermerken, Protokollen, E-Mails, Briefen und Zeichnungsunterlagen für Kapitalanlagen - auszuhändigen, die sich in ihrem Besitz befinden."

167. **Der Auskunftsberechtigte muss nicht sagen, warum er die Daten haben möchte.** LG-Köln, 11.11.2020 - 23 O 172/19 (dejure 2020,36437), **Rn. 30**: "… Richtig ist demgegenüber, dass der Betroffene seine ***Motivation zur Geltendmachung der Rechte gemäß Artikel 15 Absatz 1 DS – GVO überhaupt nicht offenlegen muss***. Geschieht dies gleichwohl, ist dies aus Sicht der Kammer unschädlich. ..."

168. **Die Funktion der vorgerichtlichen Aufdeckung (US-Amerikanisch: 'pre-trial discovery'), also Details der Akteneinsicht noch vor einem (eventuellen) Gerichtsverfahren zu erlangen ist mit dem "Eingang des Datenschutzrechtes in die EU-Rechtsordnung" gegeben.** LG-Köln, 11.11.2020 - 23 O 172/19 (dejure 2020,36437), **Rn. 30**: "Es erscheint daher auch müßig darüber zu streiten, ob durch jene Handhabung „auf dem Umweg über das Datenschutzrecht“ die ‚***pre-trial discovery***‘ aus dem US-Amerikanischen Recht“ Eingang in die EU-Rechtsordnung gefunden hat (so der Prozessbevollmächtigte der Kläger in seiner Anmerkung DuD 2019, 7 f.)."

169. **Der Auskunftspflichtige hat über Herkunft und (auch künftige) Empfänger aufzuklären. Bei einem Streitwert von 2.500 € wurde dazu ein Zwangsgeld von 15.000 € angedroht.** **AG-Wertheim, 12.12.2019 - 1 C 66/19** (dejure 2019,46269), **Tenor**: "1. Gegen die Schuldnerin W. B. AG wird zur Erzwingung der ihr in dem rechtskräftigen Urteil des AG Wertheim vom 27.05.2019 in Ziffer 1 auferlegten Handlung, nämlich Auskunft über die personenbezogenen Daten des Klägers bei der Beklagten zu erteilen und folgende Informationen dem Kläger mitzuteilen: a) die Verarbei-

tungszwecke; … c) ***die Empfänger*** oder Kategorien von Empfängern, gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind ***oder noch offengelegt werden***, insbesondere bei Empfängern in Drittländern oder bei internationalen Organisationen; … e) das Bestehen eines Rechts auf Berichtigung oder Löschung der sie betreffenden personenbezogenen Daten oder auf Einschränkung der Verarbeitung durch den Verantwortlichen oder eines Widerspruchrechts gegen diese Verarbeitung; f) das Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde; g) wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden, ***alle verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten***; … . Ein ***Zwangsgeld von 15.000,00 €*** verhängt, ersatzweise für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, für je 500,00 € ein Tag Zwangshaft. Die Vollstreckung des Zwangsmittels entfällt, sobald die Schuldnerin W. B. AG der oben genannten Verpflichtung nachkommt. 2. Die Schuldnerin W. B. AG hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. 3. Der Streitwert wird auf ***2.500,00 €*** festgesetzt."

170. Es ist Sache des Auskunftspflichtigen, Widersprüche aufzuklären und in allgemeinverständlicher Sprache Auskunft zu geben. AG-Wertheim, 12.12.2019 - 1 C 66/19 (dejure 2019,46269), **Rn. 25**: "Die Abweichung zwischen den in Anlage B13 mitgeteilten Daten und den von der Klägerin angeblich verarbeiteten und an einen Inkassodienst weitergegebenen Daten ist bereits bei der Adresse offensichtlich. ***Es ist hier Sache des Auskunftspflichtigen*** - nicht des Betroffenen, der diese Möglichkeit kaum hat - ***diesen Widerspruch aufzuklären und dann auch darüber in allgemeinverständlicher Sprache Auskunft zu erteilen***."

6.3 Schadenersatz aus DSGVO-Verstößen

171. Schadenersatz hat auch die Funktion, abschreckende Wirkung zu erzeugen. LG-Leipzig, 23.12.2021 - 03 O 1268/21 (dejure 2021,55452), **Rn. 49**: "Die abschreckende Wirkung zivilrechtlicher Sanktionen sei nur zu erreichen, wenn entsprechend hohe Beträge ausgeurteilt würden (vgl. hierzu die Nachweise bei Eichelberger, WRP 2021, 159 ff.). … "

172. Jedoch muss die aus Datenschutzverstößen entstandene Beeinträchtigung "wenigstens spürbar" sein. LG-Leipzig, 23.12.2021 - 03 O 1268/21 (dejure 2021,55452), **Rn. 49**: "... Hiervon unabhängig kann als gesichert gelten, dass das Unionsrecht die Mitgliedsstaaten grundsätzlich nicht zu überkompensatorischem Schadensersatz verpflichtet. Allein der Verstoß gegen die DS - GVO reicht für sich genommen noch nicht aus, einen Schadensersatzanspruch auszulösen. Ohne Schaden gibt es keinen Schadensersatzanspruch (vgl. hierzu Eichelberger a.a.O.). Vielmehr muss dem von einem Datenschutzverstoß Betroffenen ein spürbarer Nachteil entstanden sein. Es muss eine objektiv nachvollziehbare, mit gewissem Gewicht erfolgte, Beeinträchtigung von persönlichkeitsbezogenen Belangen vorliegen. Die Beeinträchtigung muss von einer gewissen Erheblichkeit sein. Einen normativen Anknüpfungspunkt hierzu gibt die DS - GVO in ihren Erwägungsgründen 75 und 85. Im Anschluss an die beispielhafte Aufzählung möglicher - hier nicht geltend gemachter - Beeinträchtigungen durch Datenschutzverletzungen (Diskriminierung, Identitätsdiebstahl oder - betrug, Rufschädigung, Verlust der Vertraulichkeit von einem Berufsgeheimnis unterliegenden Daten) ist dort ergänzend allgemein von anderen erheblichen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Nachteilen die Rede (vgl. hierzu Eichelberger a.a.O.). Demzufolge kann die Beklagte keine Entschädigung für eine verspätete Datenauskunft sowie für die bislang noch nicht vollständig erteilte Datenauskunft von der Klägerin beanspruchen. Allein der Umstand, dass die Beklagte auf die (vollständige) Datenauskunft noch warten muss, kann keinen ersatzfähigen Schaden begründen. Es muss auch bei einem immateriellen Schaden eine Beeinträchtigung eingetreten sein, die unabhängig von einer Erheblichkeitsschwelle ***wenigstens spürbar*** sein muss. Anderenfalls scheidet ein Schaden schon begrifflich aus (so auch LG Bonn, Urteil vom 01.07.2021, Az.: 15 O 372/20). "

173. Schadenersatz begründende immaterielle Nachteile sind im Erwägungsgrund 75 gelistet. LG-Leipzig, 23.12.2021 - 03 O 1268/21 (dejure 2021,55452), **Rn. 49**: "… Die im Erwägungsgrund 75 der DS - GVO genannten immateriellen Nachteile, wie eine ***Diskriminierung***, ein ***Identitätsdiebstahl***, ein ***Identitätsbetrug***, eine ***Rufschädigung***, ein ***Verlust der Vertraulichkeit*** oder ***sonstige gesellschaftliche Nachteile*** sind der Beklagten durch die Führung der Handakten durch die von ihr

beauftragten Rechtsanwälte in den familiengerichtlichen Verfahren unstreitig nicht erwachsen. Demzufolge scheidet auch die Zusprechung eines Schmerzensgeldes im Streitfall für die bislang nicht erteilte Datenauskunft nach Art. 15 Abs. 3 DS - GVO aus."

174. Rechtzeitige DSGVO-Auskünfte eröffnen die weitere Rechtsverfolgung. ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 51** (openjur): "Durch diese Auskunft gemäß Art. 15 Abs. 1 lit. c E. erhält der Betroffene die Möglichkeit, den Empfängern gegenüber seine Rechte aus Art. 12 ff. E. geltend zu machen."

175. DSGVO-Ansprüche bestehen vom Datum der ersten Anspruchsstellung an bis zum Tag der letzten mündlichen Verhandlung. DSGVO beklagte Daten sollten jedenfalls nicht vor rechtskräftigem Urteil gelöscht werden (dürfen). ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 54-57+72** (openjur): "(1) Der Kläger hat gegen die Beklagte aus Art. 15 Abs. 1 lit. a E. einen Anspruch auf Auskunft über die Verarbeitungszwecke, zu denen seine personenbezogenen Daten durch die Beklagte verarbeitet werden. **[55]** (2) In zeitlicher Hinsicht ist Auskunft über die Zwecke der Verarbeitung seit dem 07.06.2018 ***bis zum Tag der letzten mündlichen Verhandlung*** zu erteilen. **[56]** (a) Der Verantwortliche muss grundsätzlich keine Auskunft über Daten erteilen, die er in der Vergangenheit einmal verarbeitet hat und über die er ggf. nicht mehr verfügt. Andererseits soll er sich der Auskunftspflicht ***auch nicht durch ein Löschen der Daten entziehen können***. Für den Umfang des Auskunftsverlangens ist grds. ***der Datenbestand zum Zeitpunkt des Auskunftsverlangens maßgeblich*** (Bäcker, in Kühling/Buchner, E./BDSG, 2. Aufl., Art. 15 Rn. 8 mwN.). **[57]** (b) Die Beklagte hat die Auskunft bezogen auf den Zugang des Auskunftsverlangens vom 05.06.2018 am 07.06.2018 zu erteilen. ... **[72]** Über den 07.06.2018 hinaus sind die Zwecke der Verarbeitung bis zum Tag der letzten mündlichen Verhandlung mitzuteilen. Zwar ist für den Umfang des Auskunftsverlangens - als rückwärtige Grenze - grds. der Datenbestand zum Zeitpunkt des Auskunftsverlangens maßgeblich. Dies bedeutet aber nicht, dass die Auskunft darauf zu beschränken ist. Vielmehr ist eine dem Auskunftsverlangen nachfolgende Datenverarbeitung einzubeziehen, jedenfalls wenn die Auskunft nicht innerhalb der Fristen des Art. 12 Abs. 3 E. erteilt wird. ***Eine Säumnis des Auskunftsschuldners kann nicht zu seinem Vorteil gereichen***. Dieses umfassendere Verständnis entspricht auch dem im Präsenz gehaltenen Wortlaut sowie dem Zweck des Art. 15 E., der dem Betroffenen ermöglichen will, die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten zu prüfen und die Rechte aus Art. 12 ff. E. geltend zu machen (Ehmann, in Ehmann/Selmayr, E., 2. Aufl., Art. 15 Rn. 1 mwN.). Dem widerspricht, wenn er nach ggf. monatelangem Warten wegen der zwischenzeitlichen Datenverarbeitung erneut ein Auskunftsverlangen stellen müsste. Ob in der Zwischenzeit indes ein weiterer Zweck der Datenverarbeitung, eine weitere Kategorie personenbezogener Daten etc. hinzu gekommen ist, ist im vorliegenden Fall fraglich, zumal das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis bereits vor dem Auskunftsverlangen beendet war."

176. Der Begriff des DSGVO-Schadenersatzes ist weit auszulegen und gründet nicht nur auf Rufschädigung, Diskriminierung und Vertraulichkeitsverlust, sondern auch schon auf der mehr oder weniger langen Behinderung des Betroffenen, die Kontrolle über seine Daten auszuüben. ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 111** (openjur): "… Der Begriff des Schadens ist weit auf eine Art und Weise auszulegen, die den Zielen der E. in vollem Umfang entspricht (EG 146; Bergt, in Kühling/Buchner, E./BDSG, 2. Aufl., Art. 82 Rn. 17; Frenzel, in Paal/Pauly, E./BDSG, 2. Aufl., Art. 82 Rn. 10 mwN.). Ein immaterieller Schaden entsteht nicht nur in den "auf der Hand liegenden Fällen", wenn die datenschutzwidrige Verarbeitung zu einer Diskriminierung, einem Verlust der Vertraulichkeit, einer Rufschädigung oder anderen gesellschaftlichen Nachteilen führt, sondern auch, wenn die betroffene Person um ihre Rechte und Freiheiten gebracht oder daran gehindert wird, die sie betreffenden personenbezogenen Daten zu kontrollieren (EG 75). Indem die Beklagte die Vorgaben aus Art. 15 Abs. 1 Hs. 1, Hs. 2 lit. a, b iVm. Art. 12 Abs. 1, 3 E. verletzt hat, hat sie das Auskunftsrecht des Klägers - das zentrale Betroffenenrecht - beeinträchtigt (vgl. Ehmann, in Ehmann/Selmayr, E., 2. Aufl., Art. 15 Rn. 1 mwN.; Bäcker, in Kühling/Buchner, E./BDSG, 2. Aufl., Art. 5 Rn. 1). Verletzt ist zugleich ein europäisches Grundrecht des Klägers; Art.

8 Abs. 2 S. 2 GRCh gewährleistet das Auskunftsrecht ausdrücklich. Durch die monatelang verspätete, dann unzureichende Auskunft war der Kläger im Ungewissen und ihm die Prüfung verwehrt, dann nur eingeschränkt möglich, ob und wie die Beklagte seine personenbezogenen Daten verarbeitet. Die Schwere des immateriellen Schadens ist für die Begründung der Haftung nach Art. 82 Abs. 1 E. irrelevant und wirkt sich nur noch bei der Höhe des Anspruchs aus (LG Karlsruhe 2. August 2019 - 8 O 26/19 -; Gola/Pitz, in Gola, E., 2. Aufl., Art. 82 Rn. 13 mwN. der restriktiveren Rspr. zu §8 23 Abs. 1 BGB iVm. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG)."

177. **DSGVO-Schadenersatz soll in einer abschreckenden Höhe ergehen. Bemessungskriterien sind: Art, Schwere, Dauer des Verstoßes, Grad des Verschuldens, Maßnahmen zur Schadensminderung, frühere Verstöße sowie die Kategorien der betreffenden Daten.** ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 113** (openjur): "Die betroffene Person soll einen vollständigen und wirksamen Schadensersatz für den erlittenen Schaden erhalten (EG 146). ***Verstöße müssen effektiv sanktioniert werden, damit die DSGVO wirken kann, was vor allem durch Schadensersatz in abschreckender Höhe erreicht wird*** (Wybitul/Haß/Albrecht, NJW 2018, 113, 115; Bergt, in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 2. Aufl., Art. 82 Rn. 18; Frenzel, in Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 2. Aufl., Art. 82 Rn. 10 mwN.). Gerichte können sich bei der Bemessung des immateriellen Schadensersatzes auch an Art. 83 Abs. 2 DSGVO orientieren, sodass als Zumessungskriterien unter anderem ***Art***, ***Schwere***, ***Dauer*** des Verstoßes, ***Grad des Verschuldens***, ***Maßnahmen zur Minderung*** des den betroffenen Personen entstandenen Schadens, ***frühere einschlägige Verstöße*** sowie die ***Kategorien*** der betroffenen personenbezogenen Daten betrachtet werden können (Quaas, in BeckOK Datenschutzrecht, 31. Edition, Art. 31; Wybitul/Haß/Albrecht, NJW 2018, 113, 115). Die Mitgliedsstaaten – auch die erkennende Kammer – sind nach dem Gedanken des Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, der DSGVO zur Wirkung zu verhelfen."

178. **DSGVO-Schadenersatz bestimmt sich nach Inhalt und Dauer der Rechtsverletzungen, den bewirkten Schaden, der Finanzkraft des Verpflichteten sowie ob Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorliegt.** ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 114 + 115** (openjur): "Den Grundsätzen entsprechend muss die Beklagte einen ***Schadensersatz iHv. insgesamt 5.000 €*** zahlen. Dabei hat die Kammer berücksichtigt, dass der europäische Verordnungsgeber das verletzte Recht als ***bedeutsam*** einordnet, wie sich neben Art. 8 Abs. 2 S. 2 GRCh auch an der Zuordnung der Art. 12 ff. DSGVO zu dem Katalog des § 83 Abs. 5 DSGVO zeigt. Es handelt sich eben nicht nur um ein einfaches Arbeitspapier. ***Weiter hielt der Verstoß einige Monate an, in denen der Kläger über die Datenverarbeitung durch die Beklagte im Ungewissen war***. Der Zeitraum vom 08.07. bis 07.09.2018 fiel dabei weniger stark ins Gewicht als die etwa drei Monate bis zum 10.12.2018, da Art. 12 Abs. 3 S. 2 DSGVO dem Antragssteller – wenn auch nach Unterrichtung über eine Fristverlängerung – zumutet, bis zu drei Monate auf die Auskunft zu warten. Außerdem sind die Anforderungen an die zu erteilende Auskunft ***nicht nur zeitlich, sondern auch inhaltlich*** verletzt. Überdies war der nach Vortrag des Klägers beträchtliche Umsatz der Beklagten zu berücksichtigen. (Der Vortrag ist unstreitig, doch ist fraglich, ob es sich um den Umsatz der Beklagten oder der I. Insgesamt handelt.) ***Da der Schadensersatz eine angemessene Wirkung erzielen soll, hängt dessen Höhe nicht nur vom eingetretenen immateriellen Schaden, sondern auch von dem nach Art. 4 Ziff. 7 DSGVO Verantwortlichen und dessen Finanzkraft ab***. Mit anderen Worten: Die Verletzung der Auskunftspflicht aus Art. 15 DSGVO durch einen finanzschwächeren Verantwortlichen würde zu geringerem Schadensersatz führen. **[115]** Zu Gunsten der Beklagten wird berücksichtigt, dass von fahrlässigen Verstößen auszugehen ist. Anhaltspunkte für Vorsatz, mithin die bewusste und gewollte verspätete, dann intransparente Reaktion auf das Auskunftsgesuch, sind nicht ersichtlich. ..."

179. **Datenschutzpflichten können nicht unverhältnismäßig über das tatsächliche Interesse hinausgehend verlangt werden.** ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 101** (openjur): "cc) Soweit der Kläger im Schriftsatz vom 21.01.2019 überdies unsubstantiiert vorbringt, dass Vorgesetzte und Kollegen ihn betreffende Daten auf Notebooks, Telefonen etc. gespeichert hätten, die Daten weiter verbreitet, in den IT-Systemen der Beklagten ausgelesen und neu zen-

tral gespeichert würden und sich auf den Servern zahlreiche seiner E-Mails befänden, besteht ebenfalls kein Anspruch auf Herausgabe der Kopien dieser Daten. Der Aufwand, nach personenbezogenen Daten des Klägers in sämtlichen Servern, Datenbanken, Web-Anwendungen, E-Mail-Postfächern, Verzeichnisstrukturen, Speichermedien, Smartphones, Notebooks und diversen anderen Endgeräten der Beklagten nebst aller Vorgesetzten und Kollegen des Klägers zu suchen, um sie in Kopie herausgeben zu können, steht in grobem Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Klägers. Da der Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh und Art. 5 Abs. 1 lit. a E. für die gesamte Datenverarbeitung gilt, wird dem Verantwortlichen per se kein unverhältnismäßiger Aufwand abverlangt (Franck, in Gola, E., 2. Aufl., Art. 15 Rn. 38)."

180. Datenkontrolle ist persönliches europäisches Grundrecht. ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 111** (openjur): "… Ein ***immaterieller Schaden entsteht*** nicht nur in den "auf der Hand liegenden Fällen", wenn die datenschutzwidrige Verarbeitung zu einer Diskriminierung, einem Verlust der Vertraulichkeit, einer Rufschädigung oder anderen gesellschaftlichen Nachteilen führt, sondern ***auch, wenn die betroffene Person*** um ihre Rechte und Freiheiten gebracht oder ***daran gehindert wird, die sie betreffenden personenbezogenen Daten zu kontrollieren*** (EG 75). Indem die Beklagte die Vorgaben aus Art. 15 Abs. 1 Hs. 1, Hs. 2 lit. a, b iVm. Art. 12 Abs. 1, 3 E. verletzt hat, hat sie das Auskunftsrecht des Klägers - das zentrale Betroffenenrecht - beeinträchtigt (vgl. Ehmann, in Ehmann/Selmayr, E., 2. Aufl., Art. 15 Rn. 1 mwN.; Bäcker, in Kühling/Buchner, E./BDSG, 2. Aufl., Art. 5 Rn. 1). Verletzt ist zugleich ***ein europäisches Grundrecht des Klägers***; Art. 8 Abs. 2 S. 2 GRCh gewährleistet das Auskunftsrecht ausdrücklich. Durch die monatelang verspätete, dann unzureichende Auskunft war der Kläger im Ungewissen und ihm die Prüfung verwehrt, dann nur eingeschränkt möglich, ob und wie die Beklagte seine personenbezogenen Daten verarbeitet. …"

6.4 Entwicklung

181. Viele DSGVO-Fragen waren (am 05.03.2020) noch nicht höchst und obergerichtlich geklärt. ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 125** (openjur): "Die Berufung war in Anbetracht der grundsätzlichen Bedeutung der Sache, insbesondere der fehlenden höchst- und obergerichtlichen Klärung der auftretenden Rechtsfragen, gesondert zuzulassen, § 64 Abs. 3 Nr. 1 ArbGG."

182. Offenbar ist dem BGH das 'pre-trial discovery' aus LG-Köln, 11.11.2020 - 23 O 172/19 (dejure 2020,36437), **Rn. 30 ein Dorn im Auge, weil er versucht, sich die Absichts- bzw. Gedankenkontrolle aus Europa absegnen zu lassen.** BGH, 29.03.2022 - VI ZR 1352/20 (dejure 2022,10211), **Vorlagefrage 1**: "Ist Art. 15 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 5 DS-GVO dahingehend auszulegen, dass der Verantwortliche (hier: der behandelnde Arzt) nicht verpflichtet ist, dem Betroffenen (hier: dem Patienten) eine erste Kopie seiner vom Verantwortlichen verarbeiteten personenbezogenen Daten unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, wenn der Betroffene die Kopie nicht zur Verfolgung der in Erwägungsgrund 63 Satz 1 zur DS-GVO genannten Zwecke begehrt, sich der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten bewusst zu werden und deren Rechtmäßigkeit überprüfen zu können, sondern einen anderen - datenschutzfremden, aber legitimen - Zweck (hier: die Prüfung des Bestehens arzt-haftungsrechtlicher Ansprüche) verfolgt?"

183. Der EU-Generalanwalt durchschaute dies und bezog dagegen die eindeutig Stellung, dass eine (preisgegebene oder unterstellte) Absicht nicht zum Rechtsverlust führen dürfe. Stellungnahme vom 20.04.2023 (dejure 2023,7893), **Kap. IV, A. Abs. 16-17**, "Im Kern geht es bei dieser Frage darum, ob die betroffene Person gemäß der DSGVO das Recht hat, von dem Verantwortlichen eine Kopie ihrer personenbezogenen Daten zu erhalten, wenn sie dies zu legitimen, aber datenschutzfremden Zwecken beantragt. **[17]** Meines Erachtens ist das Auskunftsrecht, das den betroffenen Personen aufgrund der DSGVO zusteht, nicht von ihrer Absicht abhängig, die betreffenden Daten für datenschutzrechtliche Belange, wie sie im 63. Erwägungsgrund der Verordnung aufgeführt sind, zu verwenden. Diese Auffassung stützt sich auf eine Auslegung gemäß dem Wortlaut, dem Zusammenhang und der Systematik der einschlägigen Bestimmungen der DSGVO."

6.5 Bundesmelderegister nach BZRG

184. Der Betroffene hat Anspruch auf Auskünfte zu Bundeszentralregistereinträgen einschließlich deren jeweiliger Tilgungsreife. OLG Hamm, 11.04.2013 - 1 VAs 145/12 (dejure 2013,8499), **Ls.** : "Der Betroffene hat einen Anspruch auf Mitteilung, welche Eintragungen im Register über ihn enthalten sind, auch wenn diese Eintragungen schon tilgungsreif sind und sich nur noch in der sog. „Überliegefrist“ befinden."

185. Bundeszentralregister-Daten dienen der Rechtspflege, während schon die Strafrechtspflege die Akteneinsicht des Strafverteidigers umfasst. Der Satz, "Nach Einsichtnahme ist die Mitteilung vom Amtsgericht, der Anstaltsleitung oder der amtlichen Vertretung der Bundesrepublik Deutschland zu vernichten" war auch schon in der vor dem 14.09.2013 geltenden Fassung des § 42 BZRG enthalten. BVerfG, 07.12.1982 - 2 BvR 900/82 (BVerfGE 62, 338), **Kap. II. 1. a) aa)**: "aa) Neben anderen Aufgaben dient die Führung des Strafregisters vornehmlich dem Zweck, der Strafjustiz die S. http://www.verkehrslexikon.de/Texte/Rspr4047.php 3 v. 4 - 07. 05 2024 zuverlässige Kenntnis von Vorstrafen für eine gerechte Strafzumessung zu ermöglichen. Die Verwertung der Vorstrafen setzt ihre Erörterung in der Hauptverhandlung voraus, was die Strafprozessordnung ausdrücklich kenntlich macht (§§ 249 Abs. 1 Satz 2; 243 Abs. 4 Satz 3 StPO). Schon die Vorläufer des jetzt geltenden Registerrechts waren vorrangig diesem verfahrensbezogenen Zweck dienstbar. Trotz einer verstärkten Berücksichtigung des Resozialisierungsgedankens und eines verbesserten Schutzes gegen eine Fortwirkung von Vorstrafen hat das Bundeszentralregistergesetz (BZRG) vom 18. März 1971 hieran offenkundig nichts ändern wollen, da es sich sonst eines zentralen Sinns beraubt hätte. ***Demgemäß bestimmt § 39 Abs. 1 Nr. 1 BZRG, dass Gerichte und Staatsanwaltschaften unbeschränkte Auskunft aus dem Zentralregister "für Zwecke der Strafrechtspflege"*** [inzwischen § 41 Abs. 1 Nr. 1 und allgemeiner "Rechtspflege"] ***erhalten. Die Zwecke der Strafrechtspflege schließen sowohl die Feststellung der Vorstrafen in der Hauptverhandlung als auch die in § 147 StPO gesetzlich vorgesehene Akteneinsicht des Verteidigers mit ein.*** Das Landgericht verliert eines der Grundanliegen des Bundeszentralregistergesetzes aus den Augen, wenn es meint, aus § 42 BZRG entnehmen zu müssen, dass die Auskünfte auch dann nicht an Dritte weitergegeben werden dürften, wenn dies in der Strafprozessordnung für die Zwecke eines rechtsstaatlichen Verfahrens vorgesehen ist. Wäre dies allgemein zutreffend, könnten die Vorstrafen des Angeklagten auch nicht im Beisein des Verteidigers oder gar der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung verlesen oder erörtert werden. In Wahrheit kommt der Vorschrift, wonach ***"unbeschränkte Auskünfte aus dem Zentralregister an Behörden nur den mit der Entgegennahme betrauten Bediensteten zur Kenntnis gebracht werden*** [§ 44 BZRG]***" dürfen, eine derart weitgehende Bedeutung nicht zu***. Der Bundesminister der Justiz und der Justizminister des Landes Niedersachsen weisen zutreffend darauf hin, dass sie lediglich bezweckt, der unnötigen Verbreitung der Registerauskunft innerhalb der auskunftsberechtigten Behörden entgegenzuwirken. Dies kann mit der wünschenswerten Klarheit auch aus den Gesetzesmaterialien entnommen werden (Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BTDrucks. VI/1550, S. 20; Deutscher Bundestag, 6. Wp., 24. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform vom 15. Oktober 1970, StenBer. S. 765 bis 768; vgl. ferner 26. Sitzung vom 5. November 1970, StenBer. S. 798 f.). Für die Weitergabe der Daten an Dritte verbleibt es bei den allgemeinen Verschwiegenheitspflichten der Bediensteten; sie werden durch § 147 StPO durchbrochen, der zu Gewährung der Akteneinsicht an den Verteidiger gesetzlich verpflichtet."

186. Der Gesetzgeber begründete sein Verbot der Aushändigung von BZR-Eintragungen an den Betroffenen (§ 42 S. 7 BZRG) damit, dass die Betroffenen dann von Dritten (wie z. B. Arbeitgeber) zur Weitergabe an diese genötigt werden könnten, hatte also die Erleichterung der Rehabilitation der vom Strafmakel Betroffenen zum Ziel. Gesetzesbegründung des Bundesrates zum 7. BZRG-ÄndG, Drucksache_0183-17 (Bundestag.de/brd/2017/0183-17), Zu Nummer 31 (§ 42): "Die Vorschrift des § 42 BZRG regelt die Selbstauskunft an die Betroffenen ausschließlich durch Einsichtnahme. Durch das Verbot der Aushändigung einer Ablichtung der Mitteilung soll verhindert werden, dass sich Unbefugte auf diesem Wege unbeschränkte Auskünfte verschaffen, ob-

wohl sie ihnen gemäß § 41 BZRG nicht zustehen. So ist denkbar, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber versuchen könnten, über die ihnen zustehenden Erkenntnisse aus dem Führungszeugnis hinaus an weitere Registerdaten zu gelangen, indem sie die Einstellung der Bewerber und Bewerberinnen von der Vorlage einer unbeschränkten Auskunft oder einer Kopie davon abhängig machen. Auch mit Blick auf die ab dem 25. Mai 2018 anwendbare europäische Datenschutz-Grundverordnung kann das in Artikel 15 Absatz 3 Datenschutz-Grundverordnung verankerte Recht Betroffener auf Aushändigung einer Kopie personenbezogener Daten gemäß Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe i Datenschutz-Grundverordnung eingeschränkt werden, da dies eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt, die den Schutz der betroffenen Person sicherstellt. Die übrigen Änderungen dienen ausschließlich der geschlechtsneutralen Bezeichnung."

7 Familienrecht, Sorgerecht

7.1 Beteiligtenstatus, Beteiligtenrechte

187. In Kindessorgeverfahren können Großeltern auf Antrag Beteiligte des Sorgerechtsverfahrens nach § 1666 BGB werden. OLG Hamburg, 24.02.2015 - 2 UF 160/14 (FamRZ 2015, 2188), **Tenor, S. 2**: "Die Antragsteller [Großeltern] werden am Verfahren beteiligt."

188. Ein nicht förmlich gestellter Antrag auf Beteiligung ist unschädlich, wenn dieser Wunsch aus dem übrigen Vortrag konkludent hervor geht. OLG Hamburg, 24.02.2015 - 2 UF 160/14 (FamRZ 2015, 2188), **Rn. 16**: "Durch ihren Antrag auf Akteneinsicht und dessen Begründung vom 22.10.2014 beantragten die Antragsteller konkludent ihre Beteiligung am Verfahren, indem sie alle Voraussetzungen für eine Beteiligung nach § 161 Abs. 1 Satz 1 FamFG darlegten und ihre wichtige Stellung im familiären Gefüge sowie ihre Anteilnahme und ihr Interesse am Verfahren schilderten. Ihr Wunsch auf Beteiligung am Verfahren geht daraus deutlich hervor."

189. Gerichtsentscheidungen dürfen nicht allein wegen eines speziellen inneren Aufbaus ihre eigene Anfechtbarkeit blockieren (welche sich aus dem Gesetz ergibt). OLG Hamburg, 24.02.2015 - 2 UF 160/14 (FamRZ 2015, 2188), **Rn. 17**: "… Denn lediglich der nicht eindeutige Wortlaut und Aufbau einer gerichtlichen Entscheidung darf eine gesetzlich gegebene Anfechtungsmöglichkeit nicht versperren. ..."

190. Der Anfechtungsumfang kann auch auf (noch) nicht vorliegende Entscheidungen auszuweiten sein. OLG Hamburg, 24.02.2015 - 2 UF 160/14 (FamRZ 2015, 2188), **Rn. 18**: "Die sofortige Beschwerde konnte vorliegend schon vor Erlass des Beschlusses wirksam erhoben werden, weil die ablehnende Entscheidung durch richterliche Verfügung bereits angekündigt worden war. Obwohl wörtlich nur diese Verfügung angefochten wird, richtet sich die sofortige Beschwerde auch gegen den Beschluss. ..."

191. Familiäre Erziehungsverhältnisse sind vom staatlichen Eingriff möglichst freizuhalten. OLG Hamburg, 24.02.2015 - 2 UF 160/14 (FamRZ 2015, 2188), **Rn. 30**: "… Es liegt eine Ausnahme zum Erlaubnisvorbehalt gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII vor, weil die Antragsteller als Großeltern mit den Kindern im zweiten Grade verwandt sind. ***Der Grund für die Privilegierung dieser Personengruppe liegt darin, dass familiäre Erziehungsverhältnisse vom staatlichen Eingriff möglichst freigehalten werden*** sollen und ein Kind, das sich bei nahen Verwandten befindet, regelmäßig des Schutzes durch den Staat in Form einer von Anfang an bestehenden Kontrolle nicht bedarf (BVerwG, Urteil vom 31.03.1977, Az. V C 22.76, Rn. 10 (juris); BeckOK BGB, Veit, § 1630 Rn. 7.2)."

7.2 Inobhutnahme

192. Bloße nicht konkret dargelegte Befürchtungen genügen für einen Sorgerechtsentzug nicht. **OLG Frankfurt, 21.12.2011 - 2 UF 481/11** (FamRZ 2012, 1401), **Rn. 71**: "***Reine Befürchtungen für das Wohl der Kinder reichen für einen Sorgerechtsentzug oder eine Inobhutnahme gerade nicht aus***, es müssen wenigstens konkrete Hinweise die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr in dem Sinne rechtfertigen, dass eine Weiterentwicklung des Geschehensablaufes in eine Schädigung

des Kindes mündet (BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2004 zu XII ZB 166/03, zitiert nach juris, 3.b.; Diederichsen, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, Rn. 10 zu § 1666 BGB)."

193. **Das schärfste staatliche Mittel der Kindeswegnahme darf weder als erstes, noch schon bei einmaligen oder geringfügigen Fehlverhalten angewendet werden.** **OLG Frankfurt, 21.12.2011 - 2 UF 481/11** (FamRZ 2012, 1401), **Rn. 71**: "Soweit es um die Trennung des Kindes von seinen Eltern als dem stärksten Eingriff in das Elternrecht geht, ist dieser allein unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG zulässig. Danach dürfen Kinder gegen den Willen des Sorgeberechtigten ***nur aufgrund eines Gesetzes*** von der Familie getrennt werden, ***wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder*** wenn ***die Kinder*** aus anderen Gründen ***zu verwahrlosen drohen***. Nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern berechtigt den Staat auf der Grundlage seines ihm nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG übertragenen Wächteramtes, die Eltern von der Pflege und Erziehung ihres Kindes auszuschließen oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen. Das elterliche ***Fehlverhalten muss vielmehr ein solches Ausmaß*** erreichen, dass das Kind bei einem Verbleiben in der Familie in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl ***nachhaltig gefährdet*** ist (ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so BVerfG, ZKJ 2011, 133-135, zitiert nach juris, Tz. 23, mit Verweis auf BVerfGE 72, 122, 137 f.; BVerfGE 24, 119, 144 f.; BVerfGE 60, 79, 91). § 1666 a Abs. 1 BGB bestimmt dazu ausdrücklich, dass Maßnahmen, mit denen eine Trennung der Kinder von den leiblichen Eltern verbunden ist, nur zulässig sind, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen begegnet werden kann."

194. **Ein Sorgerechtsverfahren ist kein Sanktionsmittel für vergangenes Fehlverhalten.** **OLG Frankfurt, 21.12.2011 - 2 UF 481/11** (FamRZ 2012, 1401), **Rn. 84**: "Da sich überdies ein ***sorgerechtliches Verfahren nicht als Sanktion für mögliches vergangenes Fehlverhalten eignet***, kommt ein Sorgerechtsentzug nicht in Betracht und der Beschluss des Amtsgerichts ist in diesem Punkt aufzuheben."

7.3 Anhörung und Zwangsbegutachtung

195. **Es gibt für Elternteile keine gesetzliche Zwangsbegutachtung** **BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09** (BGHZ 184, 269), **Ls. a**: "In Verfahren nach § 1666 BGB kann ein Elternteil mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht gezwungen werden, sich körperlich oder psychiatrisch/psychologisch untersuchen zu lassen und zu diesem Zweck bei einem Sachverständigen zu erscheinen (im Anschluss an BVerfG FamRZ 2009, 944 f.; 2004, 523 f.)."

196. **Für eine behauptete Kindeswohlgefährdung muss eine "erhebliche Schädigung" mit einer "ziemlichen Sicherheit" vorhersehbar sein.** **BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09** (BGHZ 184, 269), **Rn. 19**: "… Voraussetzung für ein Eingreifen des Familiengerichts ist eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine ***erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt*** (Senatsbeschluss vom 15. Dezember 2004 - XII ZB 166/03 - FamRZ 2005, 344, 345 m.w.N.)."

197. **Das grundgesetzliche allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt vor Zwangsbegutachtung und Weitergabe von Befunden über Gesundheit, seelische Verfassung und Charakter.** **BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09** (BGHZ 184, 269), **Rn. 21**: "Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Oberlandesgericht davon abgesehen hat, eine Untersuchung der Mutter durch den psychiatrischen Gutachter zu erzwingen. Eine derartige sachverständige Exploration berührt den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG), welches grundsätzlich vor einer Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter schützt. Dieses Recht ist zwar nicht absolut geschützt, vielmehr sind Eingriffe grundsätzlich zulässig, sofern nur der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt wird. Allerdings erfordern Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine klare und unmissverständliche gesetzliche Grundlage. .."

198. **Die Feststellungslast einer Kindeswohlgefährdung liegt beim Staat. Das Nichtmitwirken dabei**

ist nicht nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung zu berücksichtigen. BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09 (BGHZ 184, 269), **Rn. 23+24**: "Ebenso zutreffend ist der Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts, dass im vorliegenden Verfahren keine materielle Feststellungslast zu Lasten der Mutter besteht. Vielmehr müssen, wenn in einem Verfahren nach § 1666 BGB die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Norm nicht festgestellt werden können, entsprechende Maßnahmen unterbleiben (BVerfG FamRZ 2009, 944, 945; Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt FGG 15. Aufl. § 12 Rdn. 214). **[24]** An dieser ***Feststellungslast des Staates*** vermag ***der Umstand, dass die Mutter die Begutachtung verweigert hat, nichts zu ändern***. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war dieser Umstand auch nicht nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (vgl. BVerfG FamRZ 2009, 944, 945; a.A. OLG Naumburg FamRZ 2006, 282; OLG Koblenz FamRZ 2000, 1233; OLG Karlsruhe FamRZ 1993, 1479, 1480)."

199. Die Amtsermittlungspflicht zur Kindeswohlgefährdung richtet sich nach dem Vorbringen der Beteiligten und dem (bereits ermittelten) Sachverhalt. BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09 (BGHZ 184, 269), **Rn. 28**: "Der ***Amtsermittlungsgrundsatz*** verpflichtet das Gericht, im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens alle zur Aufklärung des Sachverhalts dienlichen Ermittlungen anzustellen. ***Zwar braucht nicht jeder nur denkbaren Möglichkeit nachgegangen zu werden***. Eine Aufklärungs- und Ermittlungspflicht besteht jedoch insoweit, als das ***Vorbringen der Beteiligten und der Sachverhalt*** als solcher bei sorgfältiger Prüfung hierzu Anlass geben. Die Ermittlungen sind erst dann abzuschließen, wenn von weiteren Ermittlungen ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist (BGH Beschlüsse vom 24. November 1993 - BLw 53/92 - WM 1994, 265, 266 und BGHZ 40, 54, 57; Rahm/Künkel/Schneider Handbuch des Familiengerichtsverfahrens Rdn. III B 58; Keidel/Sternal FamFG 16. Aufl. § 26 Rdn. 16 f.)."

200. Die Verfahrensgestaltung muss den Elternrechten Rechnung tragen, steht aber unter dem Primat des Kindeswohls. BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09 (BGHZ 184, 269), **Rn. 29**: "… Das bedeutet nicht nur, dass die ***Verfahrensgestaltung den Elternrechten Rechnung tragen*** muss. Vielmehr steht das Verfahrensrecht auch unter dem ***Primat des Kindeswohls***, zu dessen Schutz der Staat im Rahmen seines Wächteramtes gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG verpflichtet ist (Rahm/Künkel/Schneider aaO Rdn. III B 61; Leibholz/Rinck Grundgesetz Art. 6 Rdn. 637 ff.). ..."

201. Das Gericht kann zwar nicht die Begutachtung, wohl aber das persönliche Erscheinen zur Anhörung erzwingen – dabei darf der Sachverständige dem Gericht helfen, aber nicht den Betroffenen selbst befragen und jener darf auch dabei schweigen. BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09 (BGHZ 184, 269), **Rn. 33-35**: "Während der Betroffene mangels gesetzlicher Grundlage nicht gezwungen werden kann, vor einem Sachverständigen zum Zwecke der Exploration zu erscheinen (vgl. die Ausführungen unter III 3), steht dem Gericht eine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung, wenn es das persönliche Erscheinen des Betroffenen zum Zwecke der gerichtlichen Anhörung erzwingen will (so die ganz herrschende Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und Lehre, vgl. OLG Zweibrücken MDR 2008, 570; OLG Bremen FamRZ 1989, 306; KG OLGZ 1988, 418, 422; BayObLG BayObLGZ 1970, 114, 117 f.; OLG Hamm OLGZ 1968, 239, 242; Bumiller/Winkler aaO § 33 Rdn. 7; Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt aaO § 12 Rdn. 191, Keidel/Kuntze/Winkler/Engelhardt aaO § 50a Rdn. 16; Rahm/Künkel/Schneider aaO Rdn. III B 71; a.A. Jansen/Briesemeister FGG 3. Aufl. § 12 Rdn. 95). **[34]** Darüber hinaus ist ebenfalls eine gesetzliche Grundlage für den Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gegeben, welcher darin liegt, dass das Gericht die Anhörung zwar in Anwesenheit eines Sachverständigen, ***allerdings ohne Befragung durch den Sachverständigen*** durchführt und dass es mit Hilfe des Sachverständigen aus den Äußerungen und dem Verhalten des Betroffenen ***Rückschlüsse auf dessen Erziehungseignung*** zieht. … Danach gehört es im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zu den Aufgaben des Tatrichters, den gesamten Verfahrensstoff zu würdigen, wozu nicht nur die Ergebnisse der Beweisaufnahme, sondern insbesondere auch die Erklärungen und Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten sowie ***der von ihnen hinterlassene persönliche Eindruck*** gehören (Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt FGG 15. Aufl. § 12 Rdn. 207 m.w.N.; vgl. auch Keidel/Meyer-Holz FamFG 16. Aufl. § 37 Rdn. 9). … ***Ein mit einer Exploration vergleichbarer Eingriff ist damit nicht verbunden.*** **[35]** …

Hierbei ist zunächst zu beachten, dass ***ein Beteiligter im Rahmen der gerichtlichen Anhörung nicht zur Äußerung gezwungen werden kann*** (OLG Hamm OLGZ 1968, 239, 243; Bassenge/Roth FGG 11. Aufl. § 15 Rdn. 34; Säcker FamRZ 1971, 81, 83), …"

202. Für die Amts-Ermittlungspflicht einschließlich Zwangs-Ermittlungsmaßnahmen gilt keine die Privatsphäre der Familie absolut schützende Hürde, dass eine behauptete Kindeswohlgefährdung mit einer "ziemlichen Sicherheit" vorhersehbar sein muss, wie unter Rn. 196 beschrieben. BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09 (BGHZ 184, 269), **Rn. 45**: "Falls ohne psychologische Untersuchung des Kindes keine hinreichende Aufklärung des Sachverhalts möglich gewesen wäre, hätte darüber hinaus die Möglichkeit bestanden, die Zustimmung der Mutter gemäß § 1666 Abs. 3 BGB zu ersetzen (vgl. OLG Brandenburg OLGR 2008, 692, 693 = FamRZ 2008, 2147 (LS); OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 1210, 1211; Rahm/Künkel/Schneider aaO Rdn. III B 73; Staudinger/Coester BGB [2009] § 1666 Rdn. 224; Vogel FPR 2008, 617). Müsste das Gericht ohne psychologische Begutachtung des Kindes von Maßnahmen nach § 1666 BGB absehen, obwohl es eine Kindeswohlgefährdung nicht ausschließen könnte, wird eine Begutachtung regelmäßig zur Abwehr einer Kindeswohlgefährdung erforderlich sein (zu dieser Voraussetzung des § 1666 Abs. 3 BGB vgl. OLG Brandenburg OLGR 2008, 692, 693; OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 1210, 1211; OLG Frankfurt FF 2000, 176)."

203. Ein Kind darf vom Gericht in Anwesenheit der Mutter angehört werden. BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09 (BGHZ 184, 269), **Rn. 44**: "Dies lag insbesondere deshalb nahe, weil das Beschwerdegericht vorliegend auch gegen den Willen der sorgeberechtigten Mutter befugt gewesen wäre, das Kind in Anwesenheit und unter Mitwirkung des Sachverständigen gerichtlich anzuhören (OLG Frankfurt FF 2000, 176, 177; OLG München FamRZ 1997, 45)."

204. Bei besonderen Verhaltensweisen muss berücksichtigt werden, ob sie nicht "lediglich" als Reaktion auf Maßnahmen erfolgten. BGH, 17.02.2010 - XII ZB 68/09 (BGHZ 184, 269), **Rn. 40**: "Auch Aussagen über den Entwicklungsstand und die Verhaltensweisen unmittelbar nach der Inobhutnahme hätten insoweit einbezogen werden müssen, wenn auch zusätzlich zu klären gewesen wäre, ob und inwieweit sich die Verhaltensweisen ***lediglich als Reaktion auf die Inobhutnahme*** darstellen."

7.4 Vergütungs- und Regress-Ansprüche in der (Ergänzungs-)Pflege

205. Der Vergütungsanspruch steht den tätigen Pflegern persönlich zu und nicht dem Träger. BayObLG, 07.07.2003 - 1Z BR 8/03 (FamRZ 2003, 1588), **Ls.**: "Einem Fürsorgeverein steht für die Tätigkeit eines Mitarbeiters, der persönlich zum Pfleger eines Minderjährigen bestellt worden ist, keine Vergütung zu. Es besteht aber ein unmittelbarer Anspruch des Vereinsmitarbeiters, wenn er die Pflegschaft berufsmäßig führt (Vorlage an den Bundesgerichtshof wegen Abweichung von OLG Köln vom 15.12.2000, FamRZ 2001, 1400)."

7.5 Rechtsmittel

206. Empfehlenswert: **VRiOLG Dieter Büte: "Die Rechtsmittel nach dem FamFG"** (iww.de): "Kap. 1, Beschwerde, mit: Beschwerdewert, Zulassungsbeschwerde, Einlegung der Beschwerde, Beschwerdefrist, Beschwerdebegründung, Begründungszwang, Anschlussbeschwerde, Verfahren in Scheidungsfolgesachen, Keine Abhilfe, Beschwerdeentscheidung, Kap. 2, Rechtsbeschwerde sowie Kap. 3, Weitere Rechtsbehelfe"

8 Gutachter-Recht

8.1 Notwendige und nicht notwendige Gutachten

207. Allgemeine Erfahrungssätze sind jedermann zugängliche Maßstäbe. Sie gelten nach allgemeiner Erfahrung unzweifelhaft und sind durch keine Ausnahmen durchbrochen. Das Gericht kann und darf daher solche Sätze seiner Entscheidung rechtsrichtig zugrunde legen, so dass sie der Nachprüfung im Revisionsverfahren zugänglich sind und standhalten können.

BVerwG, 03.05.1974 - IV C 31.72 (MDR 1974, 957), **Rn. 13**: "'Allgemeine Erfahrungssätze' im Sinne des gerichtlichen Beweiserhebungs- und Beweiswürdigungsrechts sind jedermann zugängliche Sätze, die nach der allgemeinen Erfahrung unzweifelhaft gelten und durch keine Ausnahmen durchbrochen sind (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. November 1970 - BVerwG II C 55.68 - [Buchholz 232 § 135 BBG Nr. 41]; Urteil des Bundessozialgerichts vom 9. Dezember 1969 - 10 RV 789/66 - [NJW 1971, 167]). Sie unterliegen im Revisionsverfahren der Nachprüfung wie Rechtsnormen, weil sie allgemeingültig und selbst nicht Tatsachen, sondern Maßstäbe zur Beurteilung von Tatsachen sind, (vgl. Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. März 1966 - BVerwG VIII B 17.65 - [Buchholz 412.3 § 3 BVFG Nr. 43]); ihre Feststellung und Anwendung durch das Tatsachengericht ist deshalb revisibel."

208. **Ein (bei fraglicher Geheimhaltung) evtl. förmlich gebotenes Zwischenverfahren darf nicht umgangen werden, indem Beweismaßstäbe erst willkürlich überzogen aufgestellt werden, um dann die Darlegung nur noch daran auf Plausibilität zu überprüfen.** BVerwG, 22.03.2012 - 7 C 1.11 (BVerwGE 142, 159), **Ls. 2**: "Die aufgrund des exekutiven Funktionsvorbehalts eingeschränkte gerichtliche Überprüfung atomrechtlicher Genehmigungen darf mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht auf eine - auf überzogenen Anforderungen an die Substantiierung von Einwendungen des Klägers beruhende - Plausibilitätskontrolle reduziert werden, indem die Entscheidungserheblichkeit als geheimhaltungsbedürftig zurückgehaltener Unterlagen (pauschal) verneint und so ein Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO vermieden wird."

209. **Nicht jede auch nur theoretisch bestehende Denkmöglichkeit muss mithilfe eines – ggf. teuren - Gutachtens ausgeschlossen werden, insbesondere dann nicht, wenn die streitigen Fragen durch die Verfahrensbeteiligten geklärt werden können.** BVerwG, 22.03.2012 - 7 C 1.11 (BVerwGE 142, 159), **Rn. 21**: "… Dabei kann nicht jeder die Sicherheit des Vorhabens betreffende Einwand von Verfahrensbeteiligten das Gericht, sofern es nicht selbst hinreichend sachkundig ist, zu einer – ***womöglich kostspieligen - Beweisaufnahme unter Hinzuziehung von Sachverständigen zwingen***. Derartige Einwendungen sind vielmehr zunächst einmal mit den Verfahrensbeteiligten und damit auch mit der Genehmigungsbehörde zu erörtern. Eine Beweisaufnahme ist erst dann veranlasst, wenn sich aus dem prozessualen Vorbringen eines Verfahrensbeteiligten herleiten lässt, dass die der angefochtenen Genehmigung zugrunde liegenden Annahmen und Bewertungen der Genehmigungsbehörde im Hinblick auf den Stand von Wissenschaft und Technik als widerlegbar erscheinen (Urteil vom 22. Oktober 1987 - BVerwG 7 C 4.85 - BVerwGE 78, 177 ff. <Rn. 14> = Buchholz 451.171 AtG Nr. 20 S. 9)."

210. **Die Substanziierungspflicht der Partei reduziert sich auch durch nicht von ihr zu vertretenden vorliegenden Kenntnismängel [z. B. geheime Unterlagen, aber auch fehlende Quellenangaben].** BVerwG, 22.03.2012 - 7 C 1.11 (BVerwGE 142, 159), **Rn. 42**: "… Das Gericht darf daher ein Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Betroffenen leer laufen lassen. Es darf namentlich von den Parteien keinen Vortrag erwarten, den sie mangels Kenntnis der Entscheidungsgrundlage nicht liefern können. Die Substantiierungspflicht kann nicht weiter gehen, als sie vom Betroffenen nach dem jeweiligen Kenntnisstand erfüllt werden kann. Gerade wenn der Mangel an überprüfbaren Unterlagen gerügt wird, widerspricht es einer fairen Verfahrensgestaltung und dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, weiteren Vortrag zum - nur vermuteten - Inhalt dieser Unterlagen vom Rechtsmittelführer zu verlangen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 31. März 2004 - 1 BvR 356/04 - NVwZ 2004, 1112 <Rn. 26>)."

211. **Ein Gericht darf bei nicht komplizierten Angelegenheiten auch eigene Sachkunde anwenden, ohne nachweisen zu müssen, woher es dieselbe hat.** BVerwG, 14.06.2012 - 4 B 22.12 (dejure 2012,16700), **Abs. 6**: "… Woher das Gericht die eigene Sachkunde hat, muss es nicht stets in einer von den Parteien und vom Revisionsgericht nachprüfbaren Weise überzeugend nachweisen, sondern nur dann, wenn es einem Experten auf einem Sachgebiet nicht folgt, das durch Kompliziertheit und wissenschaftliche Bezogenheit gekennzeichnet ist (vgl. Beschluss vom 28. August 1995 – BVerwG 3 B 5.95 – Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 270). ..."

212. Das Gericht darf auch auf eigene Sachkunde bauen und die Entscheidung darüber liegt grundsätzlich in seinem Ermessen; es darf diese allerdings nicht zu Unrecht annehmen. Ggf. muss es – insbesondere bei Kompliziertheit und Wissenschaftsbezogenheit seine eigene Sachkunde in nachprüfbarer Weise überzeugend nachweisen. BVerwG, 28.08.1995 - 3 B 5.95 (dejure 1995,2194), **Rn. 3+4**: "… ***Grundsätzlich*** kann die Entscheidung, inwieweit eigene Sachkunde eingesetzt werden kann, zwar im gerichtlichen Ermessen liegen. Die Ermessensfreiheit gilt aber nicht, wenn das Gericht sich einer ihm nicht zur Verfügung stehenden Sachkunde berühmt oder sich ihm aus anderen Gründen eine weitere Beweisaufnahme durch Sachverständigengutachten aufdrängen mußte. Wenn das Gericht daher ***trotz der Kompliziertheit*** und wissenschaftlichen Bezogenheit eines Sachgebietes auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet, muß es die in Anspruch genommene eigene Sachkunde in einer von den Parteien und vom Revisionsgericht nachprüfbaren Weise durch ***eine überzeugende Darlegung*** nachweisen. … **[4]** Der Kläger hatte vorgetragen, die Bodenqualität seines Grundstücks sei so schlecht, daß sie durch Sandentnahme und anschließende - sachgerechte - Wiederverfüllung nicht mehr verschlechtert werden könne. Eine ins einzelne gehende Auseinandersetzung mit diesem Vortrag ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen, obwohl er nach der dem Urteil zugrundeliegenden Rechtsauffassung ersichtlich relevant war. Stattdessen begnügt sich das Berufungsgericht mit der Postulierung allgemeiner Erfahrungssätze, ohne sich auf die - besondere Sachkunde voraussetzende - Analyse des derzeit gegebenen Zustandes einzulassen."

213. Berühmt sich das Gericht eigener Sachkunde, muss es nach ständiger Rechtsprechung begründen können, woher es diese hat. BVerwG, 28.08.1995 - 3 B 5.95 (dejure 1995,2194), **Rn. 4**: "Das Tatsachengericht kann den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens oder einer amtlichen Auskunft grundsätzlich mit dem Hinweis auf die eigene Sachkunde, die zur tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts erforderlich ist, ablehnen. In diesem Fall muß es jedoch in dem Beweisablehnungsbeschluß oder jedenfalls in der Sachentscheidung ***nachvollziehbar begründen, woher es diese Sachkunde hat*** (***stRspr***; vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 20. August 1986 - BVerwG 8 C 55.84 – NvwZ 1987, 47; Urteil vom 17. Oktober 1989 - BVerwG 9 C 25.89 - Buchholz 402.25 § 1 AsylVfG Nr. 117, S. 197; Beschluß vom 28. Juni 1990 - BVerwG 9 B 15.90 - Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 224; BVerfG, Beschluß vom 18. Juni 1993 - 2 BvR 22.93 -, 1. Kammer des Zweiten Senats, InfAuslR 1993, 349/353)."

214. Berühmt sich das Gericht eigener Sachkunde, muss es begründen können, woher es diese hat. BVerwG, 11.02.1999 - 9 B 381.98 (NVwZ 1999, 89), **Ls. 1 + 2**: "Lehnt das Gericht den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens mit dem Hinweis auf die eigene Sachkunde ab, so muß es begründen, woher es diese Sachkunde hat (stRspr). **[2]**. Die eigene Sachkunde kann sich auch aus der Gerichtspraxis, namentlich der Verwertung bereits vorliegender Erkenntnismittel, ergeben."

215. Das Tatsachengericht kann den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens grundsätzlich mit nachvollziehbar begründeter eigener Sachkunde ablehnen. BVerwG, 11.02.1999 - 9 B 381.98 (NVwZ 1999, 89), **Rn. 4**: "Das Tatsachengericht kann den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens oder einer amtlichen Auskunft ***grundsätzlich mit dem Hinweis auf die eigene Sachkunde***, die zur tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts erforderlich ist, ablehnen. In diesem Fall muß es jedoch in dem Beweisablehnungsbeschluß oder jedenfalls in der Sachentscheidung ***nachvollziehbar begründen***, woher es diese Sachkunde hat (stRspr; vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 20. August 1986 - BVerwG 8 C 55.84 – NvwZ 1987, 47; Urteil vom 17. Oktober 1989 - BVerwG 9 C 25.89 - Buchholz 402.25 § 1 AsylVfG Nr. 117, S. 197; Beschluß vom 28. Juni 1990 - BVerwG 9 B 15.90 - Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 224; BVerfG, Beschluß vom 18. Juni 1993 - 2 BvR 22.93 -, 1. Kammer des Zweiten Senats, InfAuslR 1993, 349/353). ..."

216. Nur der schuldhafte Nichtgebrauch eines Rechtsmittels führt zum Verlust der Ansprüche gegen einen gerichtlichen Gutachter. Insbesondere muss nicht Beweisantrag zu einem Obergutachten gestellt werden, wenn dieses aus Parteisicht keine weiter reichende Aussicht auf Erfolg

verspricht, als die bereits ergriffenen innerprozessualen Behelfe (was als bestätigt gelten kann, wenn diese bereits zum Erfolg geführt haben). BGH, 24.10.2019 - III ZR 141/18 (NJW 2020, 1592), **Ls. c + Rn. 23-26**: "Ein Rechtsmittel muss möglich, zumutbar und erfolgversprechend sein, damit sein Nichtgebrauch zu einem Anspruchsverlust führt; liegen diese Voraussetzungen aus der begründeten Sicht des Geschädigten nicht vor, so stellt sich der Nichtgebrauch des Behelfs nicht als schuldhaft dar. Dementsprechend fehlt es am Verschulden, wenn der Geschädigte davon ausgehen durfte, sämtliche konkret zumutbaren und erfolgversprechenden Behelfe gegen das einer Anklage zugrundeliegende Gutachten ergriffen zu haben. **[23]** (1) Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass als "Rechtsmittel" im Sinne dieser Vorschriften insbesondere auch solche Behelfe in Betracht kommen, die sich unmittelbar gegen das fehlerhafte Gutachten selbst richten und die bestimmt und geeignet sind, eine auf das Gutachten gestützte gerichtliche Entscheidung zu verhindern. Hierzu zählen etwa Gegenvorstellungen und Hinweise auf die Unrichtigkeit des Gutachtens (siehe z.B. § 411 Abs. 4 ZPO), ***Anträge, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, und formelle Beweisanträge auf Einholung eines neuen (Ober-)Gutachtens gemäß § 412 Abs. 1 ZPO; der Geschädigte muss sämtliche zur Korrektur des unrichtigen Sachverständigengutachtens zur Verfügung stehenden innerprozessualen Behelfe ausschöpfen***, will er einen Ausschluss seines Anspruchs vermeiden (s. hierzu Senat, Beschluss vom 28. Juli 2006 - III ZB 14/06, NJW-RR 2006, 1454, 1455 Rn. 11; Urteil vom 5. Juli 2007 - III ZR 240/06, BGHZ 173, 98, 100 ff Rn. 8 ff und Beschluss vom 27. Juli 2017 - III ZR 440/16, VersR 2017, 1285, 1286 Rn. 6; s. auch Dörr aaO Rn. 64, 65; Wagner aaO Rn. 38; Geigel/Knerr, Der Haftpflichtprozess, 27. Aufl., Kap. 35 Rn. 13). Nach diesen Grundsätzen, die auf den ***strikten Vorrang des Primärrechtsschutzes vor dem Sekundärrechtschutz*** zurückgehen, als "Rechtsmittel" einzuordnen ist auch das in § 201 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 StPO angesprochene Recht des Angeschuldigten, im Zwischenverfahren Beweisanträge zu stellen und Einwendungen vorzubringen. Denn auch hierbei handelt es sich um innerprozessuale Behelfe, die bestimmt und geeignet sind, eine auf das Gutachten gestützte gerichtliche Entscheidung (hier: die Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 203 StPO) zu verhindern. **[24]** (2) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dem Kläger jedoch nicht als Verschulden anzulasten, dass sein Strafverteidiger im Zwischenverfahren keinen förmlichen Beweisantrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens (§ 201 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 StPO) gestellt hat. **[25]** (a) Der Nichtgebrauch des Rechtsmittels muss dem Geschädigten im Sinne eines "Verschuldens gegen sich selbst" vorwerfbar sein (Dörr aaO Rn. 72). Daran fehlt es, wenn er - beziehungsweise der von ihm beauftragte Rechtsanwalt, dessen Verhalten er sich insoweit gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB zurechnen lassen muss (BeckOGK/Dörr, BGB § 839 Rn. 702 und § 839a Rn. 74 [jeweiliger Stand: 1. September 2019]; MüKoBGB/Papier/Shirvani, 7. Aufl., § 839 Rn. 335) - davon ausgehen durfte, sämtliche konkret zumutbaren und erfolgversprechenden Behelfe gegen das Gutachten ergriffen zu haben. ***Ein Rechtsmittel muss möglich, zumutbar und erfolgversprechend sein, damit sein Nichtgebrauch zu einem Anspruchsverlust führt; liegen diese Voraussetzungen aus der begründeten Sicht des Geschädigten nicht vor, so stellt sich der Nichtgebrauch des Behelfs nicht als schuldhaft dar*** (vgl. Senat, Beschlüsse vom 29. Januar 2009 - III ZR 182/08, BeckRS 2009, 6398 Rn. 2 und vom 30. Juni 2016 - III ZR 316/15, NVwZ-RR 2016, 917 Rn. 2; Dörr aaO § 839 Rn. 704). **[26]** (b) Letzteres ist hier der Fall. ***Der Kläger und sein Strafverteidiger durften ohne Fahrlässigkeit annehmen***, mit den Ausführungen in den Schriftsätzen vom 21. und 29. März 2011 unter Beifügung von Auszügen aus der Fachliteratur und der methodenkritischen Stellungnahme der Diplom-Psychologin A. vom 26. März 2011 sämtliche konkret zumutbaren und erfolgversprechenden Behelfe gegen das Gutachten der Beklagten ergriffen zu haben und ***dass ein förmlicher Beweisantrag keine weiterreichende Aussicht*** auf die Abwendung der Eröffnung des Hauptverfahrens geboten hätte."

8.2 Einholung von Gutachten auf Antrag auch durch das Zivilgericht

217. Je nach Sachfrage kann es dem Gericht geboten sein, jedenfalls auf Antrag ein Sachverständigengutachten einzuholen. BGH, 04.04.2019 - III ZR 35/18 (NJW 2019, 1809), **Rn. 13 + 16**: "b) Zu Recht beanstandet der Kläger aber, dass das Berufungsgericht - wie bereits das Landgericht - es

abgelehnt hat, ein Sachverständigengutachten zum Zeitpunkt des Atemstillstandes beziehungsweise zur Dauer der Sauerstoffunterversorgung sowie den Folgen unterlassener Reanimationsmaßnahmen einzuholen. … **[16]** Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme der Instanzgerichte, es fehle an ausreichenden Anknüpfungstatsachen für ein Sachverständigengutachten, da die Kausalitätsfrage nur geklärt werden könne, wenn - wie nicht - bekannt sei, ob und gegebenenfalls wie lange der Kläger bis zum Eintreffen der Rettungskräfte mangels Atmung unter Sauerstoffmangel gelitten habe. ***Die vom Kläger beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens zielte gerade darauf ab***, den Zeitpunkt des Atemstillstands festzustellen und insoweit auch die Behauptung des beklagten Landes zu widerlegen, wonach die Atmung erst unmittelbar vor dem Eintreffen der Rettungskräfte ausgesetzt habe, mithin der den-noch eingetretene Hirnschaden nicht auf das Verhalten der Lehrkräfte zurück-zuführen sei. … Eine Einholung eines medizinischen Gutachtens wäre nur dann nicht erforderlich gewesen, wenn auszuschließen wäre, dass der Kläger damit den Kausalitäts-beweis führen kann (vgl. nur Senat, Urteil vom 23. Oktober 2014 - III ZR 82/13, WM 2014, 2212 Rn. 17; BGH, Urteil vom 3. Juni 2008, aaO Rn. 16), wobei größte Zurückhaltung bei einer solchen Annahme geboten ist (vgl. nur BGH, Beschluss vom 10. April 2018 - VI ZR 378/17, BeckRS 2018, 14012 Rn. 9). …"

218. **Auch Gutachten, die nur zu Vermutungen oder Wahrscheinlichkeiten gelangen, sind noch unter den Beweiserleichterungen des § 287 ZPO gerichtsverwertbar.** BGH, 04.04.2019 - III ZR 35/18 (NJW 2019, 1809), **Rn. 26**: "… Da die diesbezüglichen Feststellungen jedoch verfahrensfehlerhaft getroffen worden sind (s.o.), wird sich das Berufungsgericht ***nach Einholung des Sachverständigengutachtens*** für den Fall, dass dem Kläger der ***Kausalitätsnachweis* nicht gelingt**, damit zu befassen haben, ob das Ergebnis der Begutachtung nicht zumindest den Schluss auf eine ***tatsächliche Vermutung oder tatsächliche Wahrscheinlichkeit*** im oben angesprochenen Sinn zulässt. Gelingt dem Kläger der Nachweis, dass pflichtwidriges Verhalten der Sportlehrer Einfluss auf seinen Gesundheitszustand hatte, oder lässt sich zumindest feststellen, dass hierfür eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit spricht, würden für die Frage, ob der Hirnschaden insgesamt oder gegebenenfalls nur teilweise auf das Verhalten der Sportlehrer zurückzuführen ist, dann die ***Beweiserleichterungen des § 287 ZPO*** gelten."

8.3 Anhörung, Rechtliches Gehör und Stellungnahme zu Gutachten

219. **Gutachten müssen den Betroffenen zur Stellungnahme gereicht werden.** BGH, 29.01.2014 - XII ZB 330/13 (NJW-RR 2014, 642), **Rn. 16**: "Die Verwertung dieses Sachverständigengutachtens als Entscheidungsgrundlage setzte gemäß § 37 Abs. 2 FamFG voraus, dass das Gericht den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt hatte. Insoweit war das Gutachten mit seinem vollen Wortlaut auch der Betroffenen persönlich im Hinblick auf ihre Verfahrensfähigkeit (§ 275 FamFG) zur Verfügung zu stellen, nachdem die Voraussetzungen des § 288 Abs. 1 FamFG, unter denen hiervon abgesehen werden kann, nicht vorlagen (Senatsbeschluss vom 7. August 2013 XII ZB 691/12 FamRZ 2013, 1725 Rn. 11 mwN)."

220. **Die persönliche Anhörung des Betroffenen ist in allen Tatsacheninstanzen Pflicht.** BGH, 29.01.2014 - XII ZB 330/13 (NJW-RR 2014, 642), **Rn. 18**: "Das gesamte amts- und landgerichtliche Verfahren leidet aber unter dem schwerwiegenden Verfahrensfehler, dass die Betroffene in beiden Tatsacheninstanzen unter Verstoß gegen §§ 319 Abs. 1 Satz 1, 68 Abs. 3 FamFG nicht persönlich angehört worden ist."

8.4 Beistand bei der Exploration

221. **Der Betroffene hat während der Exploration Anspruch auf seinen Beistand. OLG Zweibrücken, 02.03.2000 - 3 W 35/00** (FGPrax 2000, 109), **Ls. 2**: "Dem Betroffenen steht im Betreuungsverfahren das Recht zu, zu einer Untersuchung durch den Sachverständigen seinen Verfahrensbevollmächtigten als Beistand hinzuzuziehen."

8.5 Persönliches Erscheinen und Mitwirken vs. Ferngutachen?

222. **Eine Begutachtung nach Aktenlage (Ferngutachten) ist unzulässig. BGH, 20.08.2014 - XII ZB 179/14** (NJW 2014, 3445), **Ls.**: "Der Sachverständige hat den Betroffenen vor der Erstellung des

Gutachtens persönlich zu untersuchen; eine Begutachtung nach Aktenlage ist grundsätzlich nicht zulässig."

223. **Ein 'kurzes Gespräch' zur Terminabsprache ist keine persönliche gutachterliche Untersuchung i.S.d. § 280 (2) FamFG.** LG Kleve, 12.06.2014 - 4 T 441/14 (dejure 2014,43941), **Rn. 9**: "Das erstinstanzliche Verfahren leidet an einem wesentlichen Mangel, weil das Amtsgericht seine Entscheidung auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. L gestützt hat. Das Gutachten ist aber unbrauchbar, weil es den gesetzlichen Anforderungen des § 280 FamFG an ein Sachverständigengutachten in Betreuungssachen nicht genügt. Entgegen der zwingenden Vorschrift des § 280 Abs. 2 FamFG hat der Sachverständige die Betroffene vor der Erstattung des Gutachtens nicht persönlich untersucht oder persönlich befragt. Das von ihm im Gutachten erwähnte „kurze Gespräch“ mit der Betroffenen ist keine persönliche Befragung im Sinne von § 280 Abs. 2 FamFG, weil es keine auf das Beweisthema zugeschnittene Exploration der Betroffenen zum Gegenstand hatte (vgl. MünchKomm/Schmidt-Recla, FamFG, 2. Aufl. 2013, § 280, Rn. 17). Vielmehr war nur Gegenstand des Gespräches, ob eine Begutachtung zu jenem Zeitpunkt möglich sei, was die Betroffene verneinte. ***Ein ausschließlich auf fremdanamnestischen Angaben beruhendes Gutachten genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht.*** Der Beschluss des OLG München vom 02.06.2005, Az.: 33 Wx 47/05 (=BtPrax 2005, 154), den das Amtsgericht für seine entgegenstehende Rechtsauffassung anführt, erging noch unter Geltung des FGG, welches keine dem § 280 Abs. 2 FamFG entsprechende Vorschrift kannte. Für die seit Inkrafttreten des FamFG geltende Rechtslage lässt sich aus dem vorgenannten Beschluss nichts herleiten. Im Gegenteil zeigen die vom Gesetzgeber geschaffenen Regelungen der §§ 283, 284 FamFG, dass dieser es für geboten hält, die in § 280 Abs. 2 FamFG angeordnete persönliche Untersuchung notfalls auch gegen den Willen des Betroffenen – u.U. sogar mit Gewalt (§ 283 Abs. 2 S. 1 FamFG) – zu erzwingen (vgl. Jürgens/Kretz, BetreuungsR, 5. Aufl. 2014, § 295 FamFG, Rn. 3)."

224. **Die Kommunikationsverweigerung ist kein Grund, die Begutachtung ohne persönliche Untersuchung (Exploration) durchzuführen.** **BGH, 20.08.2014 - XII ZB 179/14** (NJW 2014, 3445), **Rn. 11**: "Die Weigerung des Betroffenen, einen Kontakt mit dem Sachverständigen zuzulassen, ist kein hinreichender Grund, von einer persönlichen Untersuchung durch den Sachverständigen abzusehen (Keidel/Budde FamFG 18. Aufl. § 280 Rn. 18 mwN). Wirkt der Betroffene an einer Begutachtung nicht mit, so kann das Gericht gemäß § 283 Abs. 1 und Abs. 3 FamFG seine Vorführung anordnen (Senatsbeschluss vom 17. Oktober 2012 - XII ZB 181/12 - FamRZ 2013, 31 Rn. 18; BT-Drucks. 16/6308 S. 268)."

225. **Zur Begutachtung kann man gezwungen werden zu kommen, zur Mitwirkung nicht. Die persönliche Begutachtung kann aber auch ohne Mitwirkung erfolgen.** **BGH, 20.08.2014 - XII ZB 179/14** (NJW 2014, 3445), **Rn. 13**: "Das Amtsgericht hätte deswegen erwägen müssen, den Betroffenen zur gutachterlichen Untersuchung vorführen zu lassen. Dabei hängt die Erstattung des Gutachtens im Ergebnis nicht davon ab, dass ein verbaler Kontakt zwischen dem Betroffenen und dem Sachverständigen hergestellt werden kann. Der Sachverständige ist nicht gehindert, im Fall einer durch den Betroffenen verweigerten Kommunikation aus dessen Gesamtverhalten in Verbindung mit anderen Erkenntnissen Schlüsse auf ein bestimmtes Krankheitsbild zu ziehen (Keidel/Budde FamFG 18. Aufl. § 280 Rn. 19)."

226. **Die Verweigerung der Mitwirkung kann aber als krankhafter Querulantenwahn gewürdigt werden.** **OLG München, 02.06.2005 - 33 Wx 47/05** (BtPrax 2005, 154), **RnLs. 1+2**: "Hat der Betroffene während einer erstinstanzlichen richterlichen Anhörung in Gegenwart eines Sachverständigen und eines Mitarbeiters der Betreuungsstelle beharrlich geschwiegen und alle Gesprächsversuche über den Fortbestand der Betreuung verweigert, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Beschwerdegericht nach ausbleibender Reaktion auf die schriftliche Anfrage, ob der Betroffene sich nunmehr bei einer erneuten richterlichen Anhörung äußern werde, von einer entsprechenden Ladung absieht. Das gilt jedenfalls dann, wenn dem Betroffenen ein Verfahrenspfleger bestellt wird. **[2.]** Verweigert der Betroffene jede mündliche oder schriftliche Äußerung gegenüber dem Sachver-

ständigen, ist das daraufhin mit dem ***Ergebnis einer "wahnhaften Störung im Sinne eines Querulantenwahns***" erstellte Gutachten trotz ausschließlich fremdanamnestischer Erkenntnisse jedenfalls dann verwertbar, wenn es sich auf mehrere frühere Begutachtungen durch andere Sachverständige, einen umfangreichen Akteninhalt sowie die ***Beobachtung des Betroffenen während der von ihm schweigend verbrachten richterlichen Anhörung*** stützen kann."

227. **Ferngutachten sind auch im Aufhebungsverfahren grundsätzlich unzulässig.** BGH, 03.12.2014 - XII ZB 355/14 (NJW-RR 2015, 323), **Ls. a**: "Der Sachverständige hat den Betroffenen vor der Erstellung eines Gutachtens persönlich zu untersuchen. Eine Begutachtung nach Aktenlage ist auch im Aufhebungsverfahren grundsätzlich nicht zulässig (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 20. August 2014 XII ZB 179/14 NJW 2014, 3445)."

228. **Das Betreuungsgericht darf nicht von sich aus über einen / die gestellten Aufhebungsantrag / -Anträge hinausgehen und unter Missachtung des Verschlechterungsverbotes aufheben.** BGH, 03.12.2014 - XII ZB 355/14 (NJW-RR 2015, 323), **Ls. b**: "In Betreuungssachen steht das Verschlechterungsverbot der vollständigen Aufhebung einer erstinstanzlichen Entscheidung, mit der auf Antrag des Betroffenen der Aufgabenkreis der Betreuung oder der Umfang des Einwilligungsvorbehalts eingeschränkt worden ist, durch das Beschwerdegericht entgegen, wenn allein der Betroffene Beschwerde gegen die Aufrechterhaltung von Betreuung oder Einwilligungsvorbehalt eingelegt hat (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 11. Dezember 2013 - XII ZB 280/11 - FamRZ 2014, 378)."

229. **Die Verwertung eines Ferngutachtens ist ein wesentlicher Verfahrensmangel.** BGH, 03.12.2014 - XII ZB 355/14 (NJW-RR 2015, 323), **Rn. 17**: "In der Verwertung des nicht den gesetzlichen Anforderungen genügenden Sachverständigengutachtens liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel. Von einem solchen ist auszugehen, wenn der Fehler so eindeutig und erheblich ist, dass das Verfahren keine ordnungsgemäße Grundlage für eine instanzbeendende Entscheidung sein kann (vgl. BGH Urteile vom 26. September 2002 VII ZR 422/00 NJW-RR 2003, 131 und vom 22. Mai 2001 VI ZR 74/00 NJW 2001, 2550). Dies ist bei einer Verletzung der Verfahrensbestimmung des § 280 Abs. 2 FamFG, die der umfassenden Sachverhaltsaufklärung dient, der Fall (Jürgens/Kretz Betreuungsrecht 5. Aufl. § 69 Rn. 9; vgl. auch Musielak/Borth/Grandel FamFG 4. Aufl. § 69 Rn. 3; Keidel/Sternal FamFG 18. Aufl. § 69 Rn. 15 b; MünchKommFamFG/Fischer 2. Aufl. § 69 Rn. 43)."

230. **Betreuung ist eine Form der sozialen Leistung, nämlich auch Rechtsfürsorge.** BGH, 03.12.2014 - XII ZB 355/14 (NJW-RR 2015, 323), **Rn. 21**: "Durch die Aufhebung der Betreuung wird der Betroffene in seinen Rechten beeinträchtigt, weil er die ihm vom Staat in Form von Rechtsfürsorge gewährte soziale Leistung verliert (OLG München FamRZ 2007, 743)."

231. **Klever Gerichte verwandten unzulässige Ferngutachten.** BGH, 03.12.2014 - XII ZB 355/14 (NJW-RR 2015, 323), **Rn. 29**: "Vorinstanzen: AG Kleve, Entscheidung vom 11.04.2014 - 18 XVII 740/12 – [sowie] LG Kleve, Entscheidung vom 12.06.2014 - 4 T 441/14 -"

8.6 Enge Grenzen der Zwangsunterbringung bei Verweigerung der Mitwirkung

232. **Eine Zwangsunterbringung zur Beurteilung einer etwaigen Schuldfähigkeit muss (wie bei Mollath) unerlässlich, verhältnismäßig und das letzte Mittel sein und schon im Unterbringungsbeschluss muss ein geeignetes Untersuchungskonzept dargelegt sein, welches einen Psychiater oder Neurologen erfordert und auch in dessen Gutachten enthalten sein muss.** **BVerfG, 09.10.2001 - 2 BvR 1523/01** (**NJW 2002, 283**), **Rn. 19**: "a) Die Verlegung des Beschwerdeführers in die Justizvollzugsanstalt Stuttgart diente unzweifelhaft der Beobachtung im Sinne von § 81 StPO. Unabhängig davon, ob diese Vorschrift hier anwendbar ist, müsste auch eine auf § 119 StPO gestützte Maßnahme das Verhältnismäßigkeitsprinzip strikt beachten (vgl. BVerfGE 16, 194 <202>; 17, 108 <117 f.>), ***insbesondere unerlässlich sein***, das heißt, ohne sie müsste die Schuldfähigkeit nicht beurteilt werden können (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 1995 - 2 BvR 1509/94 - , StV 1995, S. 617 <618>; der Forderung nach der Unerlässlichkeit der Maßnahme aus Gründen der ***Verhältnismäßigkeit*** sind fachge-

richtliche Rechtsprechung und Schrifttum gefolgt, vgl. OLG Frankfurt a. M., StV 1986, S. 51; OLG Hamm, StV 2001, S. 156; LG Zweibrücken, StV 1997, S. 347; NJW 1997, S. 70; Dahs in: Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Auflage, § 81, Rn. 13; Kleinkecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Auflage, § 81, Rn. 7 f.; Senge in: Karlsruher Kommentar, 4. Auflage, § 81, Rn. 6). Die Fachgerichte haben die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Unterbringungsanordnung, den verfassungsrechtlichen Vorgaben folgend, weiter dahin konkretisiert, dass vor einer Anordnung nach § 81 StPO ***erst alle anderen Mittel ausgeschöpft sein müssen***, um zu einer Beurteilung von Persönlichkeitsstörungen des Beschuldigten zu kommen (vgl. OLG Düsseldorf, JMBl NW 1961, S. 45; OLG Karlsruhe, NJW 1973, S. 573; OLG Saarbrücken, JBlSaar 1964, S. 116; LG Berlin, NJW 1960, S. 2256 <2257>; ebenso: Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., Rn. 8; Löffler, NJW 1951, S. 821; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Band II <1957>, § 81, Rn. 5), und es eines ***tauglichen Mittels*** zur Beurteilung bedarf, das ***grundsätzlich nur bei der Untersuchung durch einen Psychiater oder Neurologen*** als Sachverständigen gewährleistet ist (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1973, S. 573; OLG Frankfurt a. M., NJW 1967, S. 689; OLG Saarbrücken, JBlSaar 1964, S. 116; ebenso: Löffler, NJW 1951, S. 821 f.; Stenglein, Der Gerichtssaal 62 <1903>, S. 129 <130>). ***Das konkrete Untersuchungskonzept muss*** zudem zur Erlangung von Erkenntnissen über eine Persönlichkeitsstörung ***geeignet sein***, und die Geeignetheit muss wiederum in Gutachten und Beschluss dargelegt werden (vgl. OLG Frankfurt a. M., StV 1986, S. 51)."

233. Soweit die psychiatrische Untersuchung nach ihrer Art die freiwillige Mitwirkung des Beschuldigten voraussetzt und die Mitwirkung daran vom Beschuldigten (wie z. B. Mollath) verweigert wird, kann die Unterbringung nicht angeordnet werden, weil deren Erfolg dann nur noch unter Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden zu erwarten ist. BVerfG, 09.10.2001 - 2 BvR 1523/01 (NJW 2002, 283), **Rn. 20**: "Eine Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Beobachtung kann danach nicht erfolgen, wenn der Beschuldigte sich weigert, sie zuzulassen bzw. bei ihr mitzuwirken, soweit die Untersuchung nach ihrer Art die freiwillige Mitwirkung des Beschuldigten voraussetzt (vgl. BGH, StV 1994, S. 231 f.). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Exploration erforderlich wäre, diese aber vom Beschuldigten verweigert wird und ein Erkenntnisgewinn deshalb nur bei Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (§ 136 a StPO) oder einer sonstigen Einflussnahme auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten zu erwarten ist (vgl. OLG Celle, StV 1985, S. 224; StV 1991, S. 248)."

234. Die überlistende Totalbeobachtung zur Ausforschung unbedachter Äußerungen (z. B. von Mollath) ist unzulässig. BVerfG, 09.10.2001 - 2 BvR 1523/01 (NJW 2002, 283), **Rn. 22**: "Die vom Gutachter genannten Bedingungen, die die angeordnete Beobachtung sinnvoll und ergiebig machen könnten, lassen sich in zulässiger Weise nicht herstellen. Das Untersuchungskonzept zielt darauf ab, den Beschwerdeführer in seinem Alltagsverhalten, seiner Interaktion mit anderen Personen und seinem Verhalten gegenüber Personen, deren Urteil er nicht befürchten muss oder das er für belanglos hält, zu beobachten. Er soll in seiner eigenverantwortlichen Gestaltung des Tagesablaufs, seiner persönlichen Pflege oder Vernachlässigung von Interessen und in seiner Integrationsfähigkeit in die jeweilige Umwelt bzw. Gemeinschaft beobachtet werden. ***Die damit angestrebte Totalbeobachtung, die Erkenntnisse über die Persönlichkeit des Beschuldigten erbringen soll, die er von sich aus nicht preisgeben will, von denen aber erhofft wird, dass er sie unter der Einflussnahme Dritter offenbart, ist unzulässig***. Denn eine solche Maßnahme liefe auf die Umgehung des verfassungsrechtlich garantierten Schweigerechts des Beschuldigten und einen Verstoß gegen § 136 a StPO hinaus. Verfassungsrechtlich steht einer solchen Totalbeobachtung der unantastbare Kernbereich des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten entgegen, der dadurch zum bloßen Objekt staatlicher Wahrheitsfindung gemacht würde, dass sein Verhalten nicht mehr als Ausdruck seiner Individualität, sondern nur noch als wissenschaftliche Erkenntnisquelle verwertet würde."

8.7 Sachgerechte Gutachten

8.7.1 Allgemein

235. Sachverständigen kommt die (für den Laien schwierige) Aufgabe zu, aus vorhandenen An-

küpfungstatsachen Befundtatsachen zu ermitteln. BGH, 04.04.2019 - III ZR 35/18 (NJW 2019, 1809), **Rn. 16**: "… Die Ablehnung eines Beweisantrags als ungeeignet scheidet aus, wenn dadurch ein noch nicht erhobener Beweis vorab gewürdigt wird (vgl. nur Senat aaO; BGH, Beschluss vom 10. April 2018 aaO). Dies ist auch der Fall, wenn der Tatrichter, ohne seine eigene ausreichende (medizinische) Sachkunde darzulegen, im Wege der vorweggenommenen Beweiswürdigung prüft, ob ein Sachverständiger in der Lage wäre, ***aus den vorhandenen Anknüpfungstatsachen Befundtatsachen zu ermitteln*** (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2009 - II ZR 229/08, NJW-RR 2010, 246 Rn. 4)."

236. Die Aufgabe des Sachverständigen ist das Ziehen konkreter Schlussfolgerungen, um Kenntnis von Erfahrungssätzen zu vermitteln oder mit besonderem Fachwissen Tatsachen festzustellen. LSG Niedersachsen-Bremen, 08.03.2021 - L 7 KO 7/18 (KR) (dejure 2021,6331), **Rn. 59**: "Aufgabe des Sachverständigen ist es, mithilfe besonderer Sachkunde aus Tatsachen ***konkrete Schlussfolgerungen*** zu ziehen, um so ***dem Gericht Kenntnis von Erfahrungssätzen zu vermitteln*** oder mit besonderem Fachwissen ***Tatsachen festzustellen*** (BVerwG, Beschluss vom 12. Oktober 2010-6B26/10 - juris RdNr. 5; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl. 2020, § 118 RdNr. 11a; Leopold in: Beck-online Großkommentar, SGG, Stand 1. Januar 2021, § 118 RdNr. 75)."

237. Im psychiatrischen Gutachten muss erkennbar sein, auf welche Untersuchungsergebnisse die einzelnen Feststellungen gestützt werden. BGH, 09.11.2011 - XII ZB 286/11 (NJW 2012, 317), **Rn. 19**: "Hinzu kommt, dass der Sachverständige auch in seiner ergänzenden Stellungnahme nicht im Einzelnen unterschieden hat, ***auf welche konkreten Untersuchungsergebnisse er welche seiner Feststellungen*** zum psychischen Zustand des Betroffenen stützt. Zutreffend legt das Beschwerdegericht in dem angefochtenen Beschluss dar, dass er hierfür lediglich pauschal auf das aktenkundige Verhalten des Betroffenen in der Vergangenheit verwiesen habe. Damit war dem Beschwerdegericht indes die Möglichkeit genommen, das Gutachten auf seine innere Logik und seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen."

238. Die sachliche Auseinandersetzung mit abweichenden Vorgutachten ist obligatorisch. BGH, 09.11.2011 - XII ZB 286/11 (NJW 2012, 317), **Rn. 18**: "Eine Begründung, warum die früheren Diagnosen unzutreffend gewesen seien, lässt das Gutachten vermissen."

239. Die Nachvollziehbarkeit ist Grundvoraussetzung von Gutachten und ihr Zweck das Liefern von Entscheidungshilfen. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 82**: "Kommt es auf fachliche Meinungen an, hat der Sachverständige sein Gutachten entweder an allgemein vertretenen Ansichten auszurichten oder deutlich zu machen, dass seine in dem Gutachten vertretene Auffassung auf einer anderen (Minder-)Meinung beruht. Im letztgenannten Fall muss er darlegen, welche nennenswerten Gegenauffassungen bestehen, wie diese begründet werden und warum er diesen nicht gefolgt ist (Jaeger/Luckey, aaO Rn. 419; Bruckner/Neumann MDR 2003, 906, 907). Gleiches sollte im Grundsatz aber auch dann gelten, wenn sich der Gutachter der „herrschenden Meinung“ anschließt, dagegen aber eine nicht von der Hand zu weisende abweichende Auffassung besteht. Denn nur auf diese M. W.e wird der Sachverständige seiner Pflicht gerecht, dem Gericht eine umfassende Entscheidungshilfe zu liefern. ***Das Gutachten wird dadurch für den Leser nachvollziehbar und erfüllt somit eine Grundvoraussetzung, die an jedes Gutachten gestellt wird*** (Bruckner/Neumann MDR 2003, 906, 907)."

240. Psychiatrische Gutachten müssen für den Nichtfachmann in wissenschaftlicher Begründung, innerer Logik und Schlüssigkeit nachvollziehbar sein. BGH, 09.11.2011 - XII ZB 286/11 (NJW 2012, 317), **Ls. a + Rn. 16**: "Das gemäß § 280 FamFG im Betreuungsverfahren einzuholende Sachverständigengutachten muss so gefasst sein, dass das Gericht es auf seine ***wissenschaftliche Begründung***, seine ***innere Logik*** und seine ***Schlüssigkeit*** hin überprüfen kann. **[16]** … Nur dann ist das Gericht in der Lage, sich ***eine eigene Meinung von der Richtigkeit der vom Sachverständigen gezogenen Schlussfolgerung*** zu bilden (Senatsbeschluss vom 19. Januar 2011 XII ZB 256/10 - FamRZ 2011, 637 Rn. 12 mwN)."

241. Es gibt für ein Gutachten viele Möglichkeiten, unrichtig zu sein; insbesondere, wenn es von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgeht. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 81**: "Unrichtig ist ein Sachverständigengutachten, wenn es nicht der objektiven Sachlage entspricht. ***Dies ist insbesondere der Fall, wenn es von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgeht*** - auch: wenn die festgestellten Tatsachen überhaupt nicht existieren (MünchKomm-BGB/Wagner, aaO Rn. 19) -, die Befunderhebung, soweit nicht vom Gericht vorgegeben, fehlerhaft oder unvollständig ist (Palandt/Sprau, BGB 76. Aufl. § 839a Rn. 3) oder wenn das Gutachten aus Befundtatsachen (SaarlOLG OLGR 2009, 196, 197) bzw. dem festgestellten Sachverhalt falsche Schlüsse zieht (BGHZ 198, 265, 269 Rn. 17; Knerr in Geigel, aaO Rn. 6). Kann die Beweisfrage vom Sachverständigen nicht exakt im Sinne einer mathematischen Genauigkeit ermittelt werden, ist ihm ein Bewertungsspielraum zuzugestehen (vgl. BGHZ 198, 265, 270 f. Rn. 20, zum Verkehrswertgutachten; Erman/Mayen, BGB 14. Aufl. § 839a Rn. 6). Soll der Gutachter über Erfahrungssätze Auskunft geben, so darf kein Lehrsatz aufgestellt werden, der nicht (mehr) gilt. Hat der Sachverständige aus einem gegebenen Tatsachenstoff Schlussfolgerungen zu ziehen, so muss der Schluss richtig sein. Ist nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich, dann darf der Sachverständige keine Sicherheit vorspiegeln, sondern muss sich auf einen Wahrscheinlichkeitsschluss beschränken und den Wahrscheinlichkeitsgrad richtig angeben (MünchKomm-BGB/Wagner, aaO Rn. 19)."

8.7.2 Standards, denen Gutachten genügen müssen

242. Für ein Gutachten genügt das Nichteinhalten von Standards, um unrichtig zu sein. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 80**: "Demnach stellt sich ein Gutachten jedenfalls dann als unrichtig dar, wenn prozessuale und fachliche Standards nicht eingehalten sind."

243. Gutachter müssen die ihnen zugänglichen Erkenntnisquellen vollständig und sachgerecht auswerten. OLG Hamm, 15.08.2003 - 11 U 68/00 (dejure 2003,7065), **Rn. 7**: "Im Rahmen ihrer hoheitlichen Aufgaben sind die Mitglieder des Gutachterausschusses verpflichtet, ihre Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben und dabei die allgemein anerkannten Regeln der Wertermittlungslehre und insbesondere die Vorschriften des Baugesetzbuches und der Wertermittlungsverordnung zu beachten. ***Sie müssen bei ihrer Tätigkeit die ihnen zugänglichen Erkenntnisquellen vollständig und sachgerecht auswerten*** und die Gründe für ihre Wertfestsetzung in nachvollziehbarer Weise darlegen (BGH a.a.O., S. 396 mwN). Diese Pflicht besteht nicht nur gegenüber der Allgemeinheit, sondern auch gegenüber den Grundstückseigentümern und gegenüber denjenigen, denen das Gutachten nach seinem erkennbaren Zweck für Entscheidungen über Vermögensdispositionen vorgelegt werden soll (BGH NJW 1998, 1059). ..."

244. Die IHK zu Köln gibt u. a. vor, dass 1. das Schadensbild erschöpfend beschrieben werden muss, dass 2. Personen, die Erkenntnisse in das Gutachten bringen, benannt sein müssen (schriftlichen Falls die 'Schriftsatzverfasser)' und 3. falls Fotos nicht selbst angefertigt wurden: die Angabe des Fotografen. IHK zu Köln: Zum Aufbau des schriftlichen Gutachtens (kukuk.com), **Kap. III**: "I. Dokumentation der Daten und des Sachverhalts
- Kurze nachvollziehbare Bezeichnung des zu begutachtenden Objekts und Beschreibung seines Zustands. Je nach Art und Verwendungszweck des Gutachtens ist die Identität des begutachteten Gegenstandes zu sichern.
- Eventuelle Angaben zur Vorgeschichte und ***Anknüpfungstatsachen***, soweit zum Verständnis und Nachvollziehbarkeit relevant.
- Genaue, ***erschöpfende Beschreibung des Schadensbildes***, der zu begutachtenden Leistungen oder der Gegebenheiten (z.B. bei einem Bewertungsgutachten). Bei mehreren Beweisfragen sollte die Beschreibung den einzelnen Beweisfragen zugeordnet werden können.
- Letztlich bestimmt die Fragestellung die Ausführlichkeit der Beschreibung. Sie ist so zu wählen, dass der Leser das Objekt erkennen und die Beantwortung der gestellten Frage (Beurteilung/Bewertung) plausibel nachvollziehen kann. Diese Feststellungen als Grundlage der sachverständigen Beurteilungen sind wesentlicher Bestandteil des Gutachtens, die Darstellung in einem in der Anlage

angefügten „Ortsbegehungsprotokoll“ genügt nicht.
- ***Beschreibungen, die auf eigenen Feststellungen beruhen, sind eindeutig von solchen abzugrenzen, die auf Angaben anderer Personen beruhen. Solche Personen sind grundsätzlich im Gutachten zu nennen.***
- ***Fundstellen und Quellen*** von Anknüpfungstatsachen etc. sind anzugeben, z.B. Blattziffer der Gerichtsakten mit Angabe des ***Schriftsatzverfassers*** mit Seite, Ziffer etc. (dies ist neben der Blattziffer aus der Akte erforderlich, da die Parteien über die Aktennummerierung nicht informiert sind), ***Angabe des Fotografen***, wenn Fotografien nicht selber gemacht sind, Labor-Ergebnisse etc.
1. ***Skizzen und Fotografien***
Skizzen und Fotografien sind zur Veranschaulichung und Verständlichkeit sinnvoll. Sie sollten mit Bildunterschriften versehen werden, die eine Zuordnung zum Gutachtentext ermöglichen, genauso wie im Gutachtentext auf zugehörige Skizzen und Fotografien verwiesen werden sollte. ***Wenn Fotografien von Dritten verwendet werden, muss dies offengelegt werden (Möglichkeit der Manipulation).*** Es können analoge wie digitale Fotografien verwendet werden. Skizzen und Fotografien in einem Gutachten unterstützen die Nachvollziehbarkeit, ersetzen aber nicht die Feststellungen und die verbale Beschreibung durch den Sachverständigen."

245. Die IHK zu Köln gibt weiter vor, dass 4. auch die Quellen von Erfahrungssätzen offenzulegen sind sowie 5. Fehlerquellen und Unsicherheiten im Gutachten dargestellt und gewürdigt werden müssen. IHK zu Köln: Zum Aufbau des schriftlichen Gutachtens (kukuk.com), **Kap. IV**: "Nachvollziehbare sachverständige Beantwortung der Fragestellung … ***Die Quellen der Erfahrungssätze sind offenzulegen***. Die Wertigkeit der fachlichen Aussagen (Gewissheit, Möglichkeit, Grad der Wahrscheinlichkeit, Unmöglichkeit) ist mit verständlicher, genauer, nachvollziehbarer Begründung darzustellen. Schlagwortartige Pauschalbeurteilungen ohne Begründung reichen keinesfalls aus. ***Eventuelle Fehlerquellen und Unsicherheiten sind im Gutachten darzustellen und zu würdigen***. Gegebenenfalls ist auch deutlich auf die Grenze wissenschaftlicher Erkenntnismöglichkeiten und der eigenen Sachkunde hinzuweisen."

246. Zum Zwecke der Überprüfbarkeit müssen Gutachter ihre Quellen sowie die von ihnen verwendeten Erfahrungssätze wegen der angeben. **BMSGPK, Wien: Gutachter-Richtlinie 2014** (BMSGPK), **Kap. 2.1.1 -e)**: "… ***Gutachten müssen so formuliert und begründet sein, dass die Richtigkeit des Ergebnisses nachgeprüft und gleichzeitig festgestellt werden kann, aufgrund welcher Quellen und Erfahrungssätze die Sachverständigen ihre Erkenntnisse gewonnen haben.***
Besondere Sachkunde ist insbesondere deshalb notwendig, da die jeweiligen Sachverständigen einem entscheidungsfindenden Organ (Gericht oder Verwaltungsbehörde), dem die für die Beurteilung eines Sachverhaltes erforderliche Sachkunde fehlt, gerade diese ersetzen soll.
Die besondere Sachkunde kann durch entsprechende berufliche Erfahrung und/oder wissenschaftliche Arbeit nachgewiesen werden wie
a) Berufserfahrung nach der abgeschlossenen Ausbildung – zumindest 2000 Stunden (kein „Berufsneuling“);
b) überdurchschnittliche Kenntnisse und Erfahrungen jeweils am aktuellen Wissensstand, über das Maß des „normal, ordnungsgemäß“ Berufstätigen hinaus, das bedeutet auch besondere Sachkunde – Berufserfahrung und Spezialisierung;
c) grundlegende Kenntnisse der gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Begriffe (vergleichbar den Anforderungen des Hauptverbands der allgemein beeideten gerichtlichen Sachverständigen);
d) auch für Laien verständliche Formulierung der Gutachten;
e) ***schlüssig nachvollziehbare und nachprüfbare und begründete Ergebnisdarstellungen samt Angabe der Quellen und Belege.***
Über die zu den vorgenannten lit. a) bis e) angeführten Erfordernisse hinaus ist spezifische Fachkompetenz für das relevante Gebiet erforderlich."

247. Die Kenntlichmachung der Quellen gehört lt. des BMSGPK, Wien zur Darlegung der 'Vorgeschichte'. **BMSGPK, Wien: Gutachter-Richtlinie 2014** (**BMSGPK**), **Kap. 3.2**: "3.2 Vorgeschichte

3.2.1 Darstellung vorhandener Unterlagen
Auflistung der zur Verfügung gestellten Unterlagen bzw. der sich daraus ergebenden Tatsachen, vorgefundene, schon bestehende Vorgutachten, Auszüge aus Akten und medizinischen, psychologischen Unterlagen.
3.2.2 Darstellung der Ausgangstatsachen
Schilderung der Ausgangslage, des bisherigen Sachverhalts, der verwendeten Untersuchungsverfahren, welche Arbeiten, Untersuchungen, Informationsquellen, Kontakte durchgeführt wurden, um die gestellten Fragen zu beantworten.
3.2.3 Prüfung der Relevanz der Informationen für die Fragestellung
3.2.4 ***Kenntlichmachung der Quellen***"

248. Das Ministerium selbst will mit der Quellenangabe "BMSGPK" genannt werden. **BMSGPK, Wien: Gutachter-Richtlinie 2014** (**BMSGPK**), **Impressum**: "Im Falle von Zitierungen im Zuge von wissenschaftlichen Arbeiten sind als ***Quellenangabe „BMSGPK“*** sowie der Titel der Publikation und das Erscheinungsjahr anzugeben."

8.7.3 Anknüpfungstatsachen

249. Nicht nur ein Gutachten muss seine Anknüpfungstatsachen benennen, sondern auch die Urteilsbegründung. Das Gericht muss dabei selbst eine der Revision zugängliche Leistung erbringen. **BGH 2 StR-610/90** (NStZ 1991, 596) **Amtl. Ls. 1 + Rn. 11**: "Stützt sich ein Urteil auf ein Sachverständigengutachten, muss es die Ausführungen des Sachverständigen in einer ***zusammenfassenden Darstellung unter Mitteilung der zugrundeliegenden Anknüpfungstatsachen*** und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen wiedergeben. **[11]** Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss das Tatgericht, das ein Sachverständigengutachten eingeholt hat und ihm Beweisbedeutsamkeit beimisst, in jedem Fall - gleichgültig, ob es ihm folgt oder nicht - die Ausführungen des Sachverständigen in einer (wenn auch nur gedrängten) zusammenfassenden Darstellung unter Mitteilung der zugrundeliegenden Anknüpfungstatsachen und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen wiedergeben, um dem Revisionsgericht die gebotene Nachprüfung zu ermöglichen (BGH StV 1981, 113; 1983, 13; 1983, 404; 1984, 241; BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 - Beweisergebnis 1, 2, 4)."

8.7.4 Prozessuale Angreifbarkeit von Gutachten

250. Auch Gutachtenaussagen, die wie Tatsachenbehauptungen klingen, sind i.d.R. 'nur' unangreifliche Werturteile, außer sie beruhen auf grober Leichtfertigkeit oder Täuschung. **LG Köln, 25.02.2013 - 24 O 374/12** (**dejure 2013,8464**), **Rn. 49 + 50**: "… ***Es ist in der Rechtsprechung jedoch anerkannt, dass grundsätzlich auch Aussagen in Sachverständigengutachten, die wie Tatsachenbehauptungen klingen, als wissenschaftliche Stellungnahme und daher als Bewertung anzusehen sind***. **[50]** Ausnahmsweise können sich Ausführungen in Gutachten ***allerdings dann als Tatsachenbehauptungen darstellen, wenn*** die der Schlussfolgerung vorausgehende methodische Untersuchung oder die zum Ergebnis führende Anwendung spezieller Kenntnisse und Fähigkeiten ***nur vorgetäuscht oder grob leichtfertig*** vorgenommen worden ist (BGH, Urteil vom 18.10.1977 – VI ZR 171/76, Rdn. 18, zitiert nach Juris)."

251. Das Gericht hat als Auftraggeber des Gutachters alle Auftraggeber-Rechte und -Pflichten. Es kann seinen Auftrag auch "aus anderen Gründen", also ohne Begründung wieder zurückziehen. LSG Niedersachsen-Bremen, 08.03.2021 - L 7 KO 7/18 (KR) (dejure 2021,6331), **Rn. 57**: "So hat das Gericht zum Beispiel gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 404a Abse. 1 und 2 ZPO die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten, ihn in seine Aufgabe einzuweisen und ihm auf Verlangen den Auftrag zu erläutern. Es hat den Sachverständigen zudem gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 408 ZPO von dem Gutachtenauftrag zu entbinden, wenn Gründe vorliegen, die einen Zeugenberechtigen, das Zeugnis zu verweigern. Als weitere Entpflichtungsmöglichkeit räumt das Gesetz in § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 408 ZPO dem Gericht außerdem den ***sogenannten richterlichen Dispens***, der es - quasi als Generalklausel - dem Gericht nach seinem Ermessen ermög-

licht, den Sachverständigen auch aus anderen Gründen von dem Gutachtenauftrag zu entbinden."

252. Die Nichtanhörung des Verfahrensbevollmächtigten muss nachgeholt werden. BGH, 09.11.2011 - XII ZB 286/11 (NJW 2012, 317), **Ls. b**: "Wurde der Verfahrensbevollmächtigte des Betroffenen zum Anhörungstermin weder geladen noch hiervon benachrichtigt, leidet die Anhörung an einem Verfahrensfehler, der eine erneute Anhörung - ggf. durch das Beschwerdegericht - erforderlich macht."

253. Die leichtfertig unrichtige ärztliche Diagnose kann Schadenersatz selbst dann begründen, wenn sie selbst als Werturteil der Meinungsfreiheit unterliegt, nämlich wenn aus ihr geschlussfolgert wird, dass ein Unterbringungsverfahren notwendig ist. BGH, 11.04.1989 - VI ZR 293/88 (NJW 1989, 2941), **Ls. b**: "Erstellt ein Nervenarzt für ein Unterbringungsverfahren leichtfertig ein Attest mit einer unrichtigen Diagnose und der darauf gegründeten Angabe, daß die sofortige Unterbringung des Betroffenen erforderlich sei, so kann, auch wenn es nicht zur Unterbringung kommt, der Anspruch des Betroffenen auf Zahlung einer Geldentschädigung wegen Verletzung seines Persönlichkeitsrechts nicht mit der Erwägung verneint werden, daß die Auswirkungen auf sein Persönlichkeitsbild in der Öffentlichkeit nicht besonders schwerwiegend gewesen seien."

254. Die leichtfertig unrichtige ärztliche Diagnose kann Schadenersatz selbst dann begründen, wenn sie selbst als Werturteil der Meinungsfreiheit unterliegt, nämlich wenn aus ihr geschlussfolgert wird, dass ein Unterbringungsverfahren notwendig ist - und zwar sogar dann, wenn es nicht zur Unterbringung gekommen ist, weil die durchgeführte Anhörung dieselbe verhindert hat. BGH, 11.04.1989 - VI ZR 293/88 (NJW 1989, 2941), **Red. Ls. 1 + 2 (Wolters-Kluwer) + Rn. 4**: "Ein Nervenarzt, der ein Attest für ein Unterbringungsverfahren mit der Empfehlung erstellt, den Betroffenen sofort unterzubringen, ist im Falle einer leichtfertig unrichtigen Diagnose unter dem Gesichtspunkt der Persönlichkeitsrechtsverletzung deliktisch haftbar. **[2]** Die Haftung besteht auch dann, wenn es nicht zur Unterbringung gekommen ist. **[4]** … Das Gericht kam jedoch aufgrund eines fast zweistündigen Gesprächs mit dem Kläger vom selben Tage zu der Überzeugung, daß derzeit eine nur durch Unterbringung abzuwendende Gefahr nicht vorliege und weitere Ermittlungen erforderlich seien."

255. Der nachfolgenden Entscheidung lag eine Klage auf Widerruf eines ärztlichen Befundes (2.2, der Kranke leide mit Sicherheit an einer Paranoidhalluzinatorische Psychose), welcher aber als Werturteil Bestand hatte. BGH, 11.04.1989 - VI ZR 293/88 (NJW 1989, 2941), **Rn. 2, 3 + 17**: "Am 23. Juni 1983 rief ein Beamter der Gemeinde J. bei der Beklagten an und teilte ihr mit, daß sich nach Angaben von Nachbarn der Zustand des Klägers zugespitzt habe. Er fragte, ob eine Unterbringung des Klägers in Betracht komme, was die Beklagte bejahte. Sie erstellte am selben Tage ein ärztliches Attest zur Vorlage bei der örtlichen Ordnungs- bzw. Kreispolizeibehörde, in dessen Formulartext es u.a. heißt: "**2.1** Datum der Untersuchung: 9.6.83. **2.2** Psychischer Befund: Die von mir durchgeführte eingehende Untersuchung ergab, daß der Kranke mit Sicherheit an einer Psychose leidet. Genaue Krankheitsbezeichnung: Paranoidhalluzinatorische Psychose. **3.1** Eigene Feststellungen: Der Pat. leidet an Verfolgungswahnideen; aufgrund dessen ist er in einen Konflikt mit den Nachbarn und Familienangehörigen geraten. Zum eigenen Schutz und aus Angst trägt der Pat. eine Gaspistole mit sich, mit der er die angeblichen Feinde im Bedarfsfall beschießen will. **3.2** Von der Dienststelle des Pat. und vom Gesundheitsamt wurde ich telefonisch benachrichtigt, daß sich die Familie und die Nachbarn durch das Verhalten des Pat. bedroht fühlen (23.6.83)." **[3]** Das Attest schließt mit der Angabe, daß der Kläger aufgrund der getroffenen Feststellungen durch sein krankhaftes Verhalten gegen sich oder andere ***eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit*** oder Ordnung darstelle, die ***nicht anders als durch die Unterbringung in einem geschlossenen Krankenhaus abgewendet werden könne***, und daß diese Unterbringung sofort notwendig sei. **[17]** … Auch wenn also, wie das Berufungsgericht in dem oben genannten Zusammenhang unterstellt, die Beklagte das Attest leichtfertig erstellt hat, weil sie pflichtwidrig ihre Beurteilung auf eine nicht selbst durchgeführte und am 23. Juni 1983 bereits 14 Tage zurückliegende Untersuchung des Klägers gestützt hat, so kann ihrer Diagnose doch deshalb nicht der Charakter als Werturteil mit der

Folge abgesprochen werden, daß die Aussage der Beklagten als eine das Widerrufsbegehren des Klägers rechtfertigende Tatsachenbehauptung angesehen werden könnte."

256. Für Schadenersatz und Widerufsverlangen ärztlicher Aussagen (Diagnosen) gilt zunächst derselbe Maßstab: Sie sind nur gegen im Rechtssinne als Tatsachenbehauptungen zu wertende Äußerungen möglich, nicht aber zu Werturteilen, die der Meinungsfreiheit unterliegen. BGH, 11.04.1989 - VI ZR 293/88 (NJW 1989, 2941), **Rn. 13**: "Mit Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Kläger einen Widerruf der von der Beklagten in dem Attest vom 23. Juni 1983 gestellten Diagnose unbeschadet weiterer Anspruchsvoraussetzungen **auf schadensrechtlicher wie auf negatorischer Grundlage** (§§ 823, 824, 1004 BGB) nur verlangen kann, wenn es sich bei der Diagnose um eine Tatsachenbehauptung, nicht aber um eine medizinische Wertung und damit um eine Meinungsäußerung der Beklagten handelt. Das entspricht ständiger Rechtsprechung (vgl. Senatsurteile vom 18. Oktober 1977 - VI ZR 171/76 - VersR 1978, 229 f und vom 3. Mai 1988 - VI ZR 276/87 - VersR 1988, 827, 828 = BGHR § 1004 Widerruf 2; jeweils m.w.N.). Denn niemand kann durch eine Widerrufsklage und sodann im Wege der Zwangsvollstreckung gezwungen werden, seine nach freier Meinungsbildung geäußerte Überzeugung aufzugeben oder eine für richtig gehaltene Würdigung zurückzunehmen."

257. Im Falle einer leichtfertig unrichtigen erstellten ärztlichen Diagnose kann aber der Anspruch auf Schadenersatz sogar dann bestehen, wenn die leichtfertige Diagnose als Werturteil der Meinungsfreiheit unterliegt. Aufgehoben wurde nämlich nur die Abweisung des Schadenersatzanspruchs in der Vorinstanz, nicht aber die Abweisung des verlangten Widerrufs. Während also die Diagnose bestandskräftig wurde, haftete aber der Schlussfolgerung, dass die Gefahr für die Öffentliche Sicherheit "nicht anders als durch die Unterbringung in einem geschlossenen Krankenhaus abgewendet werden könne" die Leichtfertigkeit der vorausgehenden Diagnose immer noch an. Und weil diese Schlussfolgerung schwerwiegend war, war auch Schadenersatz begründet. BGH, 11.04.1989 - VI ZR 293/88 (NJW 1989, 2941), **Tenor, Rn. 25 + 26**: "Auf die Revision des Klägers wird unter ihrer Zurückweisung im übrigen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. September 1988 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage auf Zahlung einer Geldentschädigung abgewiesen worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. **[25]** bb) Das Berufungsgericht stellt entscheidend darauf ab, daß, wie es im einzelnen ausführt, die Auswirkungen des Verhaltens der Beklagten auf das Persönlichkeitsbild des Klägers in der Öffentlichkeit nicht besonders schwerwiegend gewesen seien. Das wird der Tragweite des Eingriffs der Beklagten nicht voll gerecht. Ärztliche Aussagen der vorliegenden Art, insbesondere wenn sie als Grundlage für die Einleitung eines Unterbringungsverfahrens gemacht werden, treffen die Persönlichkeit des Betroffenen an ihrer Basis (vgl. auch BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305 [BVerfG 11.10.1978 - 1 BvR 84/74]). Ihr Gewicht kann deshalb nicht nur anhand der negativen Ausstrahlung für das Bild des Betroffenen in der Öffentlichkeit beurteilt werden; zu berücksichtigen ist auch und zu allererst die Bedrohung, die der mit dem Unterbringungsverfahren überzogene Betroffene für seinen Integritätsanspruch und sein Recht auf Selbstverwirklichung erfährt. Auch wenn die nervenärztliche Diagnose der Beklagten hier letztlich nicht zur Unterbringung des Klägers geführt hat, so bestand doch für ihn die in ihrem Gewicht nicht zu unterschätzende Gefahr, daß der auf die fachärztliche Bescheinigung der Beklagten gestützte Unterbringungsantrag der Gemeinde J. Erfolg haben würde. Die dadurch für den Kläger bis zur Einstellung des Unterbringungsverfahrens am 4. Juli 1983 begründete Unsicherheit ist, wie die Revision mit Recht geltend macht, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht als nur unbedeutend einzustufen. **[26]** cc) Das Berufungsgericht, das zugunsten des Klägers von einer leichtfertig erstellten unrichtigen Diagnose der Beklagten ausgeht, durfte ferner, wie die Revision ebenfalls mit Recht beanstandet, das bei solcher Sachlage vorliegende erhebliche Verschulden der Beklagten bei der Gewichtung der Schwere ihres Eingriffs nicht außer Betracht lassen. ***Wegen der oben dargelegten gravierenden Auswirkungen auf die Persönlichkeitssphäre ist bei der Erstellung einer nervenfachärztlichen Diagnose, mit der eine Unterbringung des Betroffenen für erforderlich gehalten***

wird, besondere Sorgfalt geboten. Wird vom Arzt hiergegen verstoßen und leichtfertig eine sachlich unrichtige Bescheinigung ausgestellt, so wird es zur Wahrung des Integritätsanspruchs des Betroffenen, dessen Beeinträchtigung in solchen Fällen nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann, in aller Regel geboten sein, eine Geldentschädigung zuzuerkennen. Gründe für eine andere Betrachtung sind bei dem vom Berufungsgericht unterstellten Sachverhalt auch im Streitfall nicht ersichtlich."

8.7.5 Zulässig in und mit Gutachten

258. Erkrankungen aus dem schizophrenen Formenkreis können auch rückwirkend ausgeschlossen werden. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 22+23**: "Am 18. April 1994 erstatte Dr. L., Arzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie an der Universität Tübingen und Mitglied des Untersuchungsausschusses der Bundesregierung, auf Ersuchen der Beschwerdeführerin ein Gutachten. Darin wurde festgestellt, dass bei der Beschwerdeführerin „zu keinem Zeitpunkt eine Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis vorlag“ und dass ihr auffälliges Verhalten insbesondere durch die problematische familiäre Situation bedingt war. **[23]** Am 6. Oktober 1999 erstatte Dr. K., Fachärztin für Psychiatrie, ebenfalls auf Ersuchen der Beschwerdeführerin ein zweites Gutachten. In Übereinstimmung mit Dr. L. kam sie zu der Feststellung, dass die Beschwerdeführerin im Kindes- und Jugendalter nie an einer Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis gelitten, sondern sich damals mitten in einer pubertären Krise befunden habe. …"

259. Parteigutachten sind gerichtlich verwertbar. OLG Jena, 12.06.2012 - 4 U 302/11 (NJW-RR 2012, 1386), **Rn. 46**: "… Parteigutachten sind nicht deswegen unbrauchbar oder unverwertbar, weil sie von einer Partei initiiert worden sind."

8.7.6 Unzulässiges in Gutachten

260. Rechtsfragen zu beantworten ist nicht Aufgabe des Gutachters. Schon die Beauftragung eines Gutachters mit der Lösung von Rechtsfragen ist - mit Ausnahme der Fälle des § 293 ZPO - unzulässig. LSG Niedersachsen-Bremen, 08.03.2021 - L 7 KO 7/18 (KR) (dejure 2021,6331), **Rn. 31, 37**: "Die Vergütung ist im vorliegenden Fall auf 0,00 Euro festzusetzen. Das beauftragte und vom Antragsteller erstattete Gutachten bezog sich auf rechtliche Fragen, die keinem Beweis zugänglich waren und zu denen deshalb die Einholung eines Sachverständigengutachtens unzulässig war. Eine Vergütung für ein solches Gutachten sieht das Gesetz nicht vor. **[37]** Derartige Gutachten zur Kodierung von Krankenhausleistungen und deren Abrechnung werden in Anlage 1 zu § 9 JVEG a.F. nicht aufgeführt. Sie können als Rechtsgutachten auch nicht erfasst sein, ***weil die gerichtliche Einholung von Rechtsgutachten***, soweit nicht die in § 293 ZPO geregelten Ausnahmefälle eingreifen, ***unzulässig ist***. …"

261. Ob ein Behandlungsfehler als grob zu bewerten ist, hat nicht der Gutachter, sondern der Richter zu entscheiden. BGH, 27.06.1978 - VI ZR 183/76 (BGHZ 72, 132), **Rn. 19**: "Damit ist von einem Behandlungsfehler auszugehen. Ob dieser als grob im Sinne der erwähnten Rechtsprechung zu qualifizieren ist, haben nicht die Gutachter, sondern hat letzten Endes der Richter zu entscheiden, der sich erforderlichenfalls von den Gutachtern noch nähere Erläuterungen über medizinische Sachverhalte und Erkenntnisse geben lassen muß. Daß das Berufungsgericht dieser Aufgabe nachgekommen wäre, ist nicht ersichtlich. Denn es erwähnt keine Umstände, die den Vorwurf mildern könnten, daß Frau Dr. H. auf einen eindeutigen pathologischen Befund nicht mit nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebotenen Maßnahmen reagiert hat. Fehlen aber solche Umstände, dann muß ein solches ärztliches Versagen im Zweifel als ein Behandlungsfehler angesehen werden, der als grob zu bewerten ist."

262. Es ist wichtig, an den Gutachter die richtigen Fragen zu stellen. BGH, 27.06.1978 - VI ZR 183/76 (BGHZ 72, 132), **Rn. 18+20**: "… Der vom Berufungsgericht gehörte Gutachter hat diesen Umstand zwar, möglicherweise infolge nicht hinreichend konkreter Fragestellung ***überspielt, aber nicht etwa bestritten***. … **[20]** Dieser Behandlungsfehler könnte schon für sich allein die Beweislast dafür, daß er für den Tod der Patientin ursächlich geworden ist, bis zur Umkehr verschieben (st.

Rspr.). Schon daß sich dessen das Berufungsgericht nicht erkennbar bewußt gewesen ist, nötigt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Bei der erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht klarstellen müssen, ob die Nichtbehandlung der eindeutig erkennbaren Infektion im urologischen Bereich als Todesursache ernstlich in Betracht kommt. ***Dabei sollte sich die Frage*** des Landgerichts an den Sachverständigen ***nicht wiederholen***, ob die Entzündung im urologischen Bereich als Todesursache "***mit Sicherheit ausgeschlossen werden könne***". ***Vielmehr*** wird der Tatrichter konkret feststellen müssen, ***wie schwer*** die nicht nur theoretische Möglichkeit eines solchen Verlaufs wiegt. Erst dann wird er darüber entscheiden können, ob unter diesen Umständen die Billigkeit eine nach der erwähnten Rechtsprechung in Betracht zu ziehende Umkehr der Beweislast zugunsten der Patientin erfordert (vgl. schon RGZ 171, 168, 171; zuletzt Senatsurteil vom 9. Mai 1978 - VI ZR 81/77 - demnächst in VersR)."

263. Das Überprüfen der richtigen Kodierung von Diagnosen ist das für den Gutachter unzulässige Lösen von Rechtsfragen. Den Kernbereich der richterlichen Tätigkeit muss der Richter selbst erledigen. LSG Niedersachsen-Bremen, 08.03.2021 - L 7 KO 7/18 (KR) (dejure 2021,6331), **Rn. 41**: "… Die auf der Grundlage eines - ggf. unter Zuhilfenahme von medizinischem Sachverstand - hinreichend geklärten Sachverhalts dann zutreffende Anwendung und Auslegung der Kodierrichtlinien und damit auch die zutreffende Kodierung von Haupt- und Nebendiagnosen sind dagegen als Rechtsfragen dem Sachverständigenbeweis entzogen (ebenso LSGNordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20. August 2019 - L 15 KR 489/19 B - juris RdNr. 7 und Beschluss vom 9. Januar 2020 - L 15 KR 766/19 B - juris RdNr. 3). Diese Aufgabe der verbindlichen Auslegung von Rechtsnormen ist als Kernbereich der richterlichen Tätigkeit einer Delegierung auf Medizincontroller oder andere Hilfspersonen nicht zugänglich. ..."

264. Der Sachverständige muss das Gericht darauf hinweisen, falls er ein Gutachten nicht erstellen kann. LSG Niedersachsen-Bremen, 08.03.2021 - L 7 KO 7/18 (KR) (dejure 2021,6331), **Rn. 56**: "… Allerdings ist der Sachverständige nach § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 407a Abs. 1 ZPO auch verpflichtet, unverzüglich zu prüfen, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und ohne die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger sowie innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erledigt werden kann, und wenn das nicht der Fall ist, das Gericht unverzüglich zu verständigen. Der Sachverständige hat ferner gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 407a Abs. 2 ZPO unverzüglich zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen, und solche Gründe unverzüglich dem Gericht mitzuteilen. Außerdem hat der Sachverständige unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen, sollte er Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages haben, § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 407a Abs. 4 Satz 1 ZPO."

265. Der Gutachter muss auf die Unzulässigkeit der Gutachteneinholung zu inländischen Rechtsfragen seinerseits hinweisen um seinen Vergütungsanspruch nicht zu verlieren. LSG Niedersachsen-Bremen, 08.03.2021 - L 7 KO 7/18 (KR) (dejure 2021,6331), **Rn. 60**: "Erkennt ein Sachverständiger - wie hier -, dass die Einholung des Sachverständigengutachtens teilweise überflüssig, überwiegend sogar unzulässig durch ein Gericht erfolgt, so kann er sich nur dadurch dem Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen - da gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßenden - Vergütungsforderung erwehren, indem er das Gericht nach § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 408 ZPO auf diesen Umstand hinweist und um seine Entpflichtung im Wege des richterlichen Dispenses bittet. Denn dem Gericht ist es möglicherweise mangels medizinischer Sachkunde nicht möglich gewesen, die fehlende Klärungsbedürftigkeit seiner Beweisfrage(n) zu erkennen, wes halb es auf einen entsprechenden Hinweis des Sachverständigen angewiesen ist. Hinsichtlich der ***Unzulässigkeit der Gutachteneinholung zu inländischen Rechtsfragen*** ergibt sich die Hinweispflicht des Sachverständigen unmittelbar aus § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 407a Abs. 4 Satz 1 ZPO (Pflicht des Sachverständigen unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen, sollte er Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages haben). Ggfs. muss der Sachverständige auf eine förmliche Entscheidung über die dem Gericht gegenüber vorgetragenen Bedenken bestehen. Sieht der Sachverständige dagegen davon ab, das Gericht entsprechend zu informieren, muss er sich den ***Vorwurf des missbräuchlichen Verhaltens entgegenhalten lassen, der seinen Vergütungsanspruch***

dann gänzlich entfallen lässt."

266. Ein Gutachten darf nicht zu mehrdeutig sein, denn - wenn es gerichtsverwertbar sein soll - darf eine eindeutige Schlussaussage erwartet werden. Alternative Denkmöglichkeiten sollten in einem Eliminationsverfahren zumindest soweit wie möglich ausgeschlossen werden. Im nachfolgend zugrunde liegenden Fall kam das OLG Jena zu dem Resümee, dass wenn es an einer eindeutig bestimmten Schadensursache fehlt, für in Mehrdeutigkeit angenommene zwingende Rechtsfolgen jedenfalls dort kein Raum mehr blieb. Vorausgehend wurde ein Potpourri von Denkmöglichkeiten unterstellt, bestehend aus 1. Betrieb eines Heizlüfters mit zu geringem Sicherheitsabstand zu entzündlichen Gegenständen, 2. Überlastung von Verlängerungskabeln, sowie 3. eine überlastete, nicht ordnungsgemäße (gefrickelte) Elektroinstallation in desaströsem Zustand. Eine belastbare Feststellung der Brandursache enthielt das Gutachten (aber) nicht und es wurde auch kein verwertbares Eliminationsverfahren durchgeführt, sondern auf Hörensagen vertraut und in unverständlicher Weise nicht weiter ermittelt. OLG Jena, 12.06.2012 - 4 U 302/11 (NJW-RR 2012, 1386), **Ls. 2, Rn. 23, 24, 28, 30, 32, 50 + 53**: "Beruft sich der Versicherer auf Leistungsfreiheit wegen vorsätzlich oder grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer, obliegt dem Versicherer die volle Beweislast hierfür in objektiver Hinsicht und für ein qualifiziertes Verschulden des Versicherungsnehmers. ***Fehlt es*** in diesem Zusammenhang an zureichenden bewiesenen Fakten, fehlt es mithin ***an einer eindeutigen und konkreten Feststellung der Schadensursache*** (des Brandes) im Sinne eines verwertbaren Eliminationsergebnisses, ***bleibt für die Anwendbarkeit des vertraglichen Versicherungsausschlusses nach den einschlägigen VGB (88) oder einer Leistungsfreiheit nach § 61 VVG a.F. kein Raum***. [**23**] Hinsichtlich der Brandursache wurden polizeiliche Ermittlungen geführt. Nach deren Erkenntnissen soll der Brand im Bereich der Terrasse ausgebrochen sein; als Ursache hat die Kripo Nordhausen **zum Einen einen auf der Terrasse positionierten - vom Kläger (angeblich) in der Brandnacht betriebenen - Heizlüfter (Brandursache: zu geringer Sicherheitsabstand zu anderen Gegenständen auf der Terrasse), zum Anderen die Überlastung des elektrischen Leitungsnetzes (Brand durch Überhitzung wegen verwendeter Verlängerungskabel) angenommen**, eine vorsätzliche Inbrandsetzung hat die Polizei ausgeschlossen (vgl. Brandbericht in der beigezogenen Ermittlungsakte [=EA] der Staatsanwaltschaft Mühlhausen - 121 Js 47394/09 - vom 26.11. 2008 [Bl. 28 ff EA]; ferner den Ermittlungsbericht der PI NDH vom gleichen Tag [Bl. 2 ff d. EA]). **[24]** In einem Behördengutachten des LKA Thüringen vom 15.01.2009 (Bl. 83 ff EA) sind Schmor- und Isolationsschäden an einer (elektrischen) Geräteanschlussleitung - durch Überlastung - festgestellt worden (s. GA zur Spur 1); der Betriebszustand des untersuchten Heizlüfters konnte wegen des hohen Zerstörungsgrades nicht (mehr) festgestellt werden. **Eine belastbare Feststellung der Brandursache enthält das Gutachten (aber) nicht.** Das Ermittlungsverfahren gegen den Kläger wegen des Verdachts der fahrlässigen Brandstiftung wurde durch Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 20.05.2009 gemäß § 153 b StPO eingestellt. In der Begründung heißt es lapidar "Fremdschaden ist nicht eingetreten. Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft." **[28]** Es sei daher ungeklärt, wo der Brand ausgebrochen sei. Einige Faktoren sprächen für die Küche. Auf der Basis objektiver Befunde sei nicht erkennbar, dass der Brand auf der Terrasse ausgebrochen sei. (Auch) die These der Brandursache "***überlastete Elektroleitungen***" bzw. "***nicht ordnungsgemäße Elektroinstallation***" könne nicht aufrecht erhalten werden. Die im Schuppen aufgefundene "Schmorstelle" hat dieser Sachverständige als brandursächlich ausgeschlossen. **[30]** Sie [die Beklagte] wirft dem Kläger zum Einen den auf der Terrasse betriebenen Heizlüfter, zum Anderen eine ***"gefrickelte" Elektroleitung*** vor. Die ***Elektroinstallation habe sich in einem desaströsen Zustand*** befunden. Beides verstoße gegen die Sicherheitsvorschriften des § 11 der vereinbarten VGB (88). Andere Ursachen seien ausgeschlossen. **[32]** Gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 27.04.2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 02.05.2011 Berufung eingelegt und diese - innerhalb bis zum 18.07.2011 bewilligter Fristverlängerung - am 14.07.2011 begründet. Der Senat hat im Verhandlungstermin am 28.02.2012 die Parteien darauf hingewiesen, dass dem Kläger wegen seiner (unterschiedlichen) "Verdachtsäußerungen" nicht der Vorwurf des arglistigen Verhaltens gemacht

werden könne, ferner, dass ***wegen der ungeklärten Schadensursache ein kausales grob fahrlässiges Herbeiführen des Versicherungsfalles durch den Kläger nicht nachgewiesen***, eine Leistungsfreiheit der Beklagten in Bezug auf den streitgegenständlichen Schadensfall also nicht eingetreten sei (s. Sitzungsniederschrift von diesem Tag, Bl. 320,321, Bd. II d.A.). In der mündlichen Verhandlung des Senats sind auch das Schreiben der Beklagten vom 20.01.2009 (Anlage 2) zu diesem Protokoll, Bl. 323/Bd. II d.A.) und die Berechnung des die Beklagte beratenden Sachverständigen Dipl.-Ing. K. N. erörtert worden, die Grundlage für das vorgenannte Schreiben der Beklagten vom 20.01.2009 gewesen ist. **[50]** ***Ein verwertbares Eliminationsverfahren ist nicht durchgeführt worden. Warum die Kriminalpolizei nicht weiter ermittelt hat, erschließt sich dem Senat auch nicht unter Berücksichtigung des Brand- und des Ermittlungsberichtes***; Vermutungen hierzu sind müßig. **[53]** ***Die anders lautenden Angaben des Zeugen B. vermögen dies nicht ausreichend zu erschüttern, handelt es sich dabei doch nur um*** "indirekt wiedergegebene Angaben des Klägers", also vom ***Hörensagen***. Solche "indirekten" Angaben, die nicht durch eigene Wahrnehmungen unterfüttert sind, sind immer mit Vorsicht zu bewerten. Ihnen haftet - ihrer Natur entsprechend - immer ein gewisser Grad an Unzuverlässigkeit an."

8.8 Schweigepflicht des Gutachters und ihre richterliche Durchbrechung

267. Das unerlaubt weitergegebene Gutachten (Attest) begründet Schmerzensgeld i.H.v. 15.000 €. **OLG München, 04.02.2010 - 1 U 4650/08** (dejure 2010,13810), **Rn. 3, 75 + 75**: "Der Beklagte zu 1 wird verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von ***€ 15.000,00*** nebst ... zu zahlen. … [75] Die Erstellung des als Attest bezeichneten Schriftstücks vom 7.12.1994 ist nach Auffassung des Senates als Nebentätigkeit einstufen, da das Schriftstück nicht im Rahmen einer ärztlichen Behandlung erstellt wurde, sondern im Auftrag der Ehefrau des Klägers zur Vorlage bei der Polizei, mit dem Ziel einer Unterbringung des Klägers in einem psychiatrischen Krankenhaus. … [95] Der Beklagte zu 1 hat das Persönlichkeitsrecht des Klägers vorsätzlich verletzt."

268. Es gibt wenige (hier nicht abschließend gelistete) Ausnahmefälle, in denen Richter befinden dürfen, dass das staatliche Interesse an Aufklärung der Schweigepflicht vorgeht. **BGH, 06.12.2001 - 1 StR 468/01** (BGH NStZ 2002, 214), **Abs. 2b**: "Zwar hat der Beschuldigte während des Aufenthaltes im Bezirkskrankenhaus H. seinem Stationsarzt auch Geheimnisse im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO "anvertraut". Denn darunter ist alles zu begreifen, was der Arzt in dieser seiner Eigenschaft wahrnimmt, gleichgültig ob die Wahrnehmungsmöglichkeit auf einem besonderen Vertrauensakt beruht oder nicht (BGHSt 38, 369, 370; st. Rspr.). **Mit der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO liegt aber einer der wenigen von der Strafprozeßordnung vorgesehenen Ausnahmefälle vor** (vgl. §§ 81 ff. StPO), in denen die sonst erforderliche Zustimmung zur Preisgabe der Geheimnisse aufgrund einer gesetzlichen Duldungspflicht ersetzt wird, **weil hier das staatliche Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts vorgeht** (Senge aaO § 53 Rdn. 19; Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 45. Aufl. § 53 Rdn. 19)."

8.9 Regress-(Schadenersatz-)Ansprüche gegen Gutachter

269. Für Gutachter gelten die Beweis- und Haftungsrechte wie für Rechtsberater. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Ls. 3,4 + Rn. 147cc**: "3. Sind im Regressprozess bessere oder andere Erkenntnismöglichkeiten vorhanden, als sie dem für den Vorprozess zuständigen Gericht zur Verfügung standen, dann entspricht es, wie im Rahmen der Rechtsberaterhaftung, der materiellen Gerechtigkeit, dem Schadensersatzkläger deren Verwendung nicht zu versagen.(Rn.152) 4. Der normative Schadensbegriff gilt auch für die ***deliktische Haftung*** des gerichtlichen Sachverständigen.(Rn.184) **[147cc]** Die Feststellung, ***wie der Prozess richtigerweise hätte entschieden werden müssen***, ist nach § 287 ZPO zu treffen, weil es sich um ein Element der schadensausfüllenden Kausalität handelt (BGH NJW 1988, 3013, 3015)."

270. Die Sachverständigenhaftung ist nach Grund und Höhe zu beurteilen. BGH, 30.08.2018 - III ZR 363/17 (NJW-RR 2018, 136), **Ls. a**: "Für den Anspruch nach § 839a BGB ist danach zu unterscheiden, ob das unrichtige Gutachten für den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung (mit-) ursäch-

lich geworden ist ("beruhen auf"; haftungsbegründende Kausalität) und ob der geltend gemachte Schaden durch die von dem unrichtigen Gutachten beeinflusste Gerichtsentscheidung herbeigeführt worden ist (haftungsausfüllende Kausalität)."

271. **Das Nichteinholen von Privatgutachten schließt nicht die Amtshaftung aus.** OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 80**: "Das Nichteinholen eines Privatgutachtens im Strafprozess durch den jetzigen Kläger fällt nicht unter § 839 Abs. 3 ZPO [richtig: BGB]. Der Bundesgerichtshof hat in der von der Beklagten im Schriftsatz vom 09.10.2017 angeführten Entscheidung ausgesprochen, dass die Einholung eines Privatgutachtens, um Einwände gegen ein beanstandetes gerichtliches Sachverständigengutachten zu substanziieren, nicht zu den „Rechtsmitteln“ im Sinne von §§ 839a Abs. 2, 839 Abs. 3 BGB zählt (BGH, Beschluss vom 27.07.2017 - III ZR 440/16, juris Rn. 7). Zwar mag die Einholung und Vorlage eines Privatgutachtens die Aussicht dafür erhöhen, dass das Prozessgericht einem Antrag auf Einholung eines neuen (Ober-)Gutachtens Folge leistet. Eine nicht sachkundige Partei ist jedoch generell nicht verpflichtet, zur Substantiierung ihrer Einwendungen gegen ein gerichtliches Sachverständigengutachten einen Privatgutachter zu konsultieren. Dementsprechend kann es ihr nicht im Sinne von §§ 839a Abs. 2, 839 Abs. 3 BGB anspruchsausschließend zur Last fallen, wenn sie dies unterlassen hat (BGH, aaO)."

272. **Der gerichtliche Sachverständige haftet für ein unrichtiges Gutachten nach § 839a BGB, wenn dadurch ein Vergleich beeinflusst worden ist.** BGH, 25.06.2020 - III ZR 119/19 (NJW 2020, 2471), **Ls.** : "Auf die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen wegen eines unrichtigen Gutachtens findet § 839a BGB analog Anwendung, wenn das Gerichtsverfahren durch einen Vergleich erledigt wurde, dessen Abschluss von dem Gutachten beeinflusst worden ist."

273. **Diese Entscheidung wurde vom BGH, 25.06.2020 - III ZR 119/19 (NJW 2020, 2471) kassiert.** OLG Koblenz, 03.03.2015 - 5 U 2/15 (dejure 2015,26128), **Rn.** : "Der gerichtliche Sachverständige haftet nur dann für eine falsche Begutachtung, wenn die von ihm mitgeteilten Erkenntnisse Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung geworden sind. Mangels Regelungslücke scheidet eine analoge Anwendung von § 839a BGB auch dann aus, wenn unter dem Druck eines ungünstigen Falschgutachtens ein später als unangemessen empfundener Vergleich geschlossen wird. In derartigen Fällen ist eine Schadensersatzpflicht des Gerichtsgutachters allenfalls unter den engen Voraussetzungen des § 826 BGB denkbar."

8.10 Vorsatz und Verjährung bei Gutachtern

274. **Fehler allein beweisen nicht einen gutachterlichen Vorsatz.** OLG Bamberg, 28.05.2018 - 4 W 85/17 (dejure 2018,52267), **Ls. + Rn. 12**: "***Die Vornahme eines Rückschlusses von (auch gravierenden) Fehlern eines Gutachtens auf ein vorsätzliches Handeln des Gutachters - mit der Folge einer entsprechenden Beweiserleichterung -, ist jedoch nicht möglich***. Vielmehr obliegt es dem Antragsteller, den Vollbeweis für eine derartige Behauptung zu führen, wofür der Vortrag im vorliegenden Fall jedoch nicht ausreicht."

275. **Die 30-jährige Verjährung von § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB gilt bei Gutachtern nur bei Vorsatz.** OLG Bamberg, 28.05.2018 - 4 W 85/17 (dejure 2018,52267), **Rn. 15**: "… Anders als im Falle einer vorsätzlichen Falscherstattung eines Gutachtens, die in einer Freiheitsentziehung mündet, ist bei lediglich fahrlässigem Handeln nicht die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB einschlägig, sondern die Regelverjährung von drei Jahren des § 195 BGB. Wie auch vom Antragsgegner richtig dargestellt, wären evtl. bestehende Ansprüche wegen § 199 Abs. 1 BGB damit seit dem 31.12.2013 verjährt, da der Antragsteller vom Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. B. und damit von einer evtl. Unrichtigkeit des Gutachtens des Antragsgegners bereits im Jahr 2010 Kenntnis erlangt hat."

8.11 Persönlich haftender Gutachter in staatlicher Universitätsklinik

276. **Von Privat beauftragte Gutachter sind stets persönlich beauftragt und haften stets persönlich, weil nicht einmal die Übermittlung eines Gutachten-Auftrages an ein (staatliches) Krankenhaus eine Beauftragung desselben ist.** OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018,

796), **Rn. 77**: "In der Übermittlung eines Gutachtenauftrages an ein Krankenhaus in öffentlicher Trägerschaft ist, auch wenn konkrete Ärzte nicht benannt werden, regelmäßig keine Beauftragung des Krankenhauses (mit der Folge möglicher Amtshaftung) zu sehen, sondern eine Beauftragung individueller Ärzte als Privatpersonen (OLG Oldenburg VersR 1996, 59, 60; Ahrens, aaO Rn. 35)."

8.12 Technische Beweisführung

8.12.1 Rohdaten bei Blitzern

277. **Messergebnisse können als unzuverlässig gerügt werden, wenn es an Rohmessdaten fehlt.** VerfGH Saarland, 05.07.2019 - Lv 7/17 (NJW 2019, 2456), **S. 17, Abs. 1** (zimmer-gratz.de): "… Fehlt es an [Rohmessdaten] und vermag sich eine Verurteilung nur auf das dokumentierte Messergebnis und das Lichtbild des aufgenommenen Kraftfahrzeugs und seines Fahrers zu stützen, so fehlt es nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs an einem fairen rechtsstaatlichen Verfahren, wenn sich ein Betroffener wie hier - selbst ohne nähere Begründung - gegen das Messergebnis wendet und ein Fehlen von Rohmessdaten rügt. Eine Verurteilung kann dann auf dieser Grundlage nicht erfolgen."

278. **Der Bürger darf stets alle Grundlagen von Strafvorwürfen in Zweifel ziehen. VerfGH Saarland, 05.07.2019 - Lv 7/17** (NJW 2019, 2456), **S. 19, Abs. 3** (zimmer-gratz.de): "Zu den grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verurteilung einer Bürgerin oder eines Bürgers gehört, dass er die tatsächlichen Grundlagen seiner Verurteilung zur Kenntnis nehmen, sie in Zweifel ziehen und sie nachprüfen darf. Das gilt nicht nur in Fällen strafrechtlicher Sanktionen, sondern stets. ..."

279. **Zur wirksamen Verteidigung gehört, nach Zweifel begründende Umstände erforschen zu können. VerfGH Saarland, 05.07.2019 - Lv 7/17** (NJW 2019, 2456), **S. 20, Abs. 3** (zimmer-gratz.de): "… Denn zu einer wirksamen Verteidigung gehört nicht nur, ein Gericht auf solche ihm ohnehin ins Auge fallenden Umstände aufmerksam zu machen, sondern nachforschen zu können, ob es bislang gerade nicht bekannte Zweifel an der Tragfähigkeit eines Vorwurfs gibt. ..."

280. **Die wirksame Verteidigung darf nicht ohne Rechtsgrundlage, z. B. wegen Überlastung oder fehlender Kompetenz beschränkt werden. VerfGH Saarland, 05.07.2019 - Lv 7/17** (NJW 2019, 2456), **S. 21, Abs. 4** (zimmer-gratz.de): "… Zugleich kann - wie vorsorglich bemerkt wird – eine wirksame Verteidigung ohne normative Ermächtigung nicht aus Gründen der Belastung von Gerichten oder Rechtsschutzversicherern oder gar einer Beschränkung von Geschäftsfeldern von technischen Sachverständigen beschränkt werden. ..."

281. **Die Seltenheit von Fehlern oder deren mehrheitlich leichtes Gewicht rechtfertigen es nicht, dem Bürger die Überprüfung von Rohmessdaten zu verwehren. VerfGH Saarland, 05.07.2019 - Lv 7/17** (NJW 2019, 2456), **S. 25, Abs. 5** (zimmer-gratz.de): "Gibt es aber keine zwingenden Gründe, Rohmessdaten nicht zu speichern, und erlaubt ihre Speicherung, das Ergebnis eines Messvorgangs nachzuvollziehen, so ist es unerheblich, dass es sich bei Bußgeldverfahren um Massenverfahren von in aller Regel geringerem Gewicht für einen Betroffenen - immerhin können sie im Einzelfall eben doch dazu führen, dass erhebliche Einschränkungen der Mobilität und der beruflichen Einsatzmöglichkeiten entstehen - handelt, und dass in der weit überwiegenden Zahl aller Fälle Geschwindigkeitsmessungen zutreffend sind. ..."

8.12.2 Öffentliche Kontrolle von Wahlgeräten

282. **Die öffentliche Wahl muss auch von der aus normalen Bürgern bestehenden Öffentlichkeit überprüfbar sein.** BVerfG, 03.03.2009 - 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07 (BVerfGE 123, 39), **Ls. 2**: "Beim Einsatz elektronischer Wahlgeräte müssen die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können."

283. **Öffentlichkeit dient der Transparenz und Kontrollierbarkeit staatlicher Machtausübung und gebietet im Grundsatz, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit**

unterliegen. BVerfG, 03.03.2009 - 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07 (BVerfGE 123, 39), **Rn. 110-112**: "cc) Die Öffentlichkeit der Wahl ist auch im Rechtsstaatsprinzip angelegt. Rechtsstaatlich begründete ***Öffentlichkeit dient der Transparenz und Kontrollierbarkeit staatlicher Machtausübung***. Sie setzt voraus, dass die Handlungen der staatlichen Organe von den Bürgern zur Kenntnis genommen werden können. Dies gilt auch hinsichtlich der Tätigkeit der Wahlorgane. **[111]** b) Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl gebietet, ***dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit*** unterliegen, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen. Dabei kommt der Kontrolle der Wahlhandlung und der Ermittlung des Wahlergebnisses eine besondere Bedeutung zu. **[112]** Ein Wahlverfahren, in dem der Wähler nicht zuverlässig nachvollziehen kann, ob seine Stimme unverfälscht erfasst und in die Ermittlung des Wahlergebnisses einbezogen wird und wie die insgesamt abgegebenen Stimmen zugeordnet und gezählt werden, schließt zentrale Verfahrensbestandteile der Wahl von der öffentlichen Kontrolle aus und genügt daher nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen."

9 Medizin- und Arztrecht

9.1 Arztbriefe

284. Der Patient hat Anspruch auf Anfertigung eines Arztbriefes. OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19 (dejure 2019,49874), **Rn. 4**: "Der Arztbrief (oder Arztbericht) dient dazu, die durchgeführten Befunderhebungen und Behandlungsmaßnahmen sowie ihre Auswirkungen zu dokumentieren und so etwaigen Nachbehandlern mitzuteilen, wie und mit welchem Ergebnis ein Patient behandelt worden ist. Auf dieser Grundlage können Nachbehandler einschätzen, welch weiterer Behandlungsbedarf gegeben ist und ob beispielsweise konservative Maßnahmen bereits ausgeschöpft worden sind (OLG Koblenz, Beschluss vom 08. Januar 2018 - 5 U 1184/17 -, Rn. 11 bei juris, VersR 2018, 613). Damit besteht grundsätzlich ein Anspruch des Patienten auf Anfertigung eines Arztbriefes."

285. Ein Anspruch auf Abänderung oder Korrektur eines Arztbriefes ist gesetzlich nicht geregelt. **OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19** (dejure 2019,49874), **Rn. 5**: "Ein Anspruch auf Abänderung oder Korrektur eines Arztbriefes ist gesetzlich nicht geregelt. § 630 f Abs. 1 S. 2 BGB schränkt den Arzt in der Möglichkeit ein, Berichtigungen und Änderungen der Patientenakte vorzunehmen; diese sind nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. Ein Anspruch auf Berichtigungen und Änderungen der Patientenakte ist dagegen weder gesetzlich in den §§ 630 a ff BGB noch standesrechtlich in § 10 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (Bekanntmachung vom 09. Januar 2012) geregelt."

286. Der Arztbrief unterliegt dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. **OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19** (dejure 2019,49874), **Rn. 7**: "Zwar unterliegt die Krankenakte und als dessen Teil auch der Arztbrief grundsätzlich dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1, 2 Abs. 1 GG), da sie Erkenntnisse enthalten, die der Arzt durch seine berufliche Tätigkeit über den Gesundheitszustand des Patienten gewinnt und schriftlich niederlegt. Daraus folgt zunächst nur, dass die Krankenakte dem Zugriff der öffentlichen Gewalt grundsätzlich entzogen ist und eine Beschlagnahme ohne oder gegen den Willen des Patienten in aller Regel eine Verletzung des dem Patienten zustehenden Grundrechts auf Achtung seines privaten Bereichs (Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) darstellt (BVerfG, Beschluss vom 08. 03. 1972 - 2 BvR 28/71, NJW 1972, 1123. Es handelt sich um schutzwürdige Daten aus der Privatsphäre des Patienten, wie durch § 97 Abs. 1 Nr. 2 und 3 i. V. m. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch gesetzlich anerkannt ist."

287. Der Arztbrief umfasst notwendige Informationen für den Nachbehandler. **OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19** (dejure 2019,49874), **Rn. 11**: "Der Arztbrief (oder Arztbericht) dient dazu, die durchgeführten Befunderhebungen und Behandlungsmaßnahmen sowie ihre Auswirkungen zu dokumentieren und so etwaigen Nachbehandlern mitzuteilen, wie und mit welchem Ergebnis ein Patient behandelt worden ist (OLG Koblenz, VersR 2018, 613; vgl. oben 1.). Daraus folgt, dass der Arzt auch im Interesse des Patienten die Anamnese, seine Diagnosen, Untersuchungen und Untersuchungsergebnisse sowie die von ihm durchgeführte Behandlung zutreffend, so wie sie von ihm

wahrgenommen worden sind, darzustellen hat. Dazu können - gerade bei psychischen oder psychosomatischen Erkrankungen - auch Umstände gehören, die der Patient über sich und seine Erkrankung nicht geäußert hat oder nicht so darstellen wollte. Könnte der Patient beliebig eine Abänderung verlangen, so wäre die ***notwendige Information*** des Nachbehandlers nicht mehr gewährleistet."

288. **Der Anspruch auf Abänderung kann aber gegeben sein, wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt ist.** OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19 (dejure 2019,49874), **Rn. 13**: "Aus §§ 823 und 1004 BGB kann ein Änderungsanspruch nur dann folgen, wenn und soweit durch den Inhalt der Dokumentation das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten verletzt ist. ..."

289. **Der Änderungsanspruch kommt bei unrichtigen Tatsachen in Betracht.** OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19 (dejure 2019,49874), **Rn. 15**: "In Betracht kommt ein Änderungsanspruch aufgrund des Behandlungsvertrages i. V. m. § 242 BGB nur dann, wenn der Arztbrief unrichtige Tatsachen aus dem Behandlungsverhältnis wiedergibt. Insoweit hat das Landgericht zutreffend zwischen der Wiedergabe der Anamnese auf S. 1 bis 4 oben des Arztbriefes vom 15.01.2018 und dem Krankheitskonzept auf S. 5 Mitte unterschieden."

290. **Eine richtig verstandene Eigenschilderung muss der Arzt nicht abändern. OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19** (dejure 2019,49874), **Rn. 16**: "Bei der Anamnese handelt es sich regelmäßig um die vom Patienten mitgeteilte Vorgeschichte einer aktuellen Erkrankung (sog. „Eigenanamnese“). Diese wird u. U. ergänzt durch Angaben aus dem familiären Umfeld (sog. „Familienanamnese“). Insbesondere im Bereich der Psychiatrie kann für die Anamnese auch die frühere Lebens- und Krankheitsgeschichte von Bedeutung sein (sog. „biographische Anamnese“) (Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 50 Rn. 1)."

291. **Die unrichtig verstandene Eigenschilderung muss der Arzt jedoch abändern. OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19** (dejure 2019,49874), **Rn. 17**: "Da die Eigenanamnese und die biographische Anamnese auf den Angaben des Patienten beruhen, kann er eine Berichtigung grundsätzlich verlangen, wenn von ihm im Anamnesegespräch oder im Rahmen der weiteren Behandlung wiedergegebene Umstände aus seinem Leben im Arztbrief falsch dargestellt werden."

292. **Ein Anspruch auf Abänderung der ärztlichen Diagnose besteht hingegen nicht. OLG München, 16.07.2019 - 24 U 2814/19** (dejure 2019,49874), **Rn. 21**: "Beim Abschnitt „Krankheitskonzept“ auf S. 5 des Arztbriefes vom 15.01.2018 handelt es sich dagegen um die Bewertung des Krankheitsbildes durch die unterzeichnenden Ärzte und die Psychologin der Beklagten. Die Bewertung des Krankheitsbildes stellt - auch wenn hier keine Diagnosen nach dem ICD-10 genannt werden - die Einschätzung des aufgrund der Anamnese, aber auch der testpsychologischen Befunde, des körperlichen Untersuchungsbefunds, der Laboruntersuchungen und der eigenen Beobachtungen gewonnenen Krankheitsbildes. Hier ist das Vermeidungsverhalten als Begründung für frühere Arbeitsplatzwechsel nur ein Aspekt unter mehreren, auf das die Diagnose einer „Disposition im Sinne einer Trait-Angst“ gestützt wird. ***Ein Anspruch auf Abänderung der ärztlichen Diagnose und ihrer medizinischen Begründung besteht nicht.***"

9.2 Dokumentation

293. **Die ärztliche Dokumentation dient (nur) dem medizinisch Erforderlichen und nicht dem Beweis gegen den Arzt. LG Dortmund, 17.05.2018 - 12 O 388/16** (dejure 2018,45551), **Rn. 30**: "Auch der Vorwurf, der Beklagte zu 1 habe die erhobenen Befunde, insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit, nicht hinreichend dokumentiert, greift nicht durch. Zunächst dient die ärztliche Dokumentation nicht dazu, versicherungsrechtliche Fragen zu klären. Nach ständiger Rechtsprechung bestimmen sich Inhalt und Umfang der Dokumentationspflicht nach dem Zweck der ***Dokumentation. Diese dient vor allem dem therapeutischen Interesse des Patienten, der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Behandlung und deren Fortführung hinsichtlich Diagnose und Therapie und nicht dem vollständigen lückenlosen Festhalten ärztlichen Handelns und auch nicht dazu, Beweise für einen Haftpflichtprozess gegen den Arzt zu sichern***

(vgl. nur OLG Köln, Beschluss vom 21. Juli 2016 – 5 U 31/16 –, Rn. 7, juris). ***Eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich ist, ist aus Rechtsgründen nicht geboten.*** Auch aus der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Absatz 1 Satz 2 Nummer 7 SGB V (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie) ergeben sich keine weiteren Dokumentationserfordernisse, auf die sich der Kläger stützen könnte. Nach §§ 4 Absatz 1, 5 Abs. 1 der vorgenannten Richtlinie ist der Vertragsarzt lediglich verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer ärztlichen Untersuchung festzustellen und diese unter Verwendung der vorgesehenen Vordrucke unter Angabe der Dauer, der vorliegenden Symptome und etwaiger Diagnosen zu attestieren. Weitergehende Informationen sind der Krankenkasse erst auf Anforderung mitzuteilen, § 4 Abs. 3 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie. Dass unter Berücksichtigung der vorstehend erläuterten Maßstäbe die Dokumentation des Beklagten zu 1 zu beanstanden ist, ist ebenfalls klägerseitig nicht hinreichend substantiiert vorgetragen worden. Der Kläger hat sich nicht mit der Dokumentation des Beklagten zu 1 auseinandergesetzt oder diese zu den Akten gereicht. Die Kammer stellt in diesem Zusammenhang keine unüberwindbaren Anforderungen an die ausreichende Substantiierung des Vortrags des Klägers. Der Kläger hat nämlich insoweit ein Einsichtsrecht gegenüber der Beklagten zu 2 betreffend die seitens des Beklagten zu 1 niedergelegte Dokumentation des Behandlungsgeschehens, vgl. § 630g BGB. …"

294. Die unzulängliche Ärztliche Dokumentation eröffnete auch schon 1978 beweisrechtliche Konsequenzen, die allerdings noch nicht die generelle Beweislastumkehr war, sondern eigenen Grundsätzen folgen mussten. BGH, 27.06.1978 - VI ZR 183/76 (BGHZ 72, 132), **Rn. 22 + 28**: "Das angefochtene Urteil kann aber auch insoweit keinen Bestand haben, als es aus der ganz unzulänglichen und teilweise sogar (möglicherweise bewußt) falschen ärztlichen Dokumentation keine beweisrechtlichen Folgerungen ziehen will. **[28]** Aus den vorstehend dargestellten Erwägungen ergeben sich für den Fall einer ***offensichtlich unzulänglichen ärztlichen Dokumentation*** besondere ***beweisrechtliche Konsequenzen***, die sich nicht - wie das Berufungsgericht zu meinen scheint - auf den Bereich einer gezielten Beweisvereitelung beschränken lassen (obwohl auch eine solche, wie noch zu erörtern ist, im Streitfall nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden kann); es kommt daher auch nicht darauf an, ob der Arzt schon gleich damit hätte rechnen müssen, daß er veranlaßt sein würde, sein Vorgehen in einem Rechtsstreit näher zu belegen (vgl. BGH Urteil vom 26. November 1964 - III ZR 5/64 - VersR 1965, 91, 92) [BGH 26.11.1964 - III ZR 5/64]. Diese beweisrechtlichen Konsequenzen fallen andererseits auch nicht unter die Grundsätze, die die Rechtsprechung für den Nachweis der Schadensursächlichkeit eines groben Behandlungsfehlers entwickelt hat, ***sondern müssen eigenen Grundsätzen*** folgen. Allerdings darf auch hier ***nicht nach einer starren Regel Beweislastumkehr angenommen werden***, vielmehr sind Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr gehen können, immer dann und soweit geboten, als nach tatrichterlichem Ermessen dem Patienten die (volle) Beweislast für einen Arztfehler angesichts der vom Arzt verschuldeten Aufklärungshindernisse billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann."

295. Der BGH tat sich vor dem 26.02.2013, dem Inkrafttreten des § 630g BGB noch schwer damit, dem Patienten uneingeschränkten Einblick in die Patientenakte zu gewähren. BGH, 23.11.1982 - VI ZR 222/79 (BGHZ 85, 327), **Ls.**: "Der Patient hat gegenüber Arzt und Krankenhaus grundsätzlich auch außerhalb eines Rechtsstreits Anspruch auf Einsicht in die ihn betreffenden Krankenunterlagen, soweit sie Aufzeichnungen über objektive physische Befunde und Berichte über Behandlungsmaßnahmen (Medikation, Operation etc.) betreffen. - Art und Grenzen einer solchen Einsichtsgewährung."

296. Vor dem 26.02.2013, dem Inkrafttreten des § 630g BGB hatte man die Vertragsfreiheit nutzen müssen, um volle Einsicht genießen zu können. BGH, 23.11.1982 - VI ZR 222/79 (BGHZ 85, 327), **Rn. 14,15+18**: "… Es kann also mangels besonderer Vereinbarung ein entsprechender Vertragswille des Arztes (bzw. Krankenhausträgers) nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Eine besondere Vereinbarung ist im vorliegenden Falle nicht behauptet. **[15]** b) Das würde freilich schon nicht ausschließen, dass den Arzt aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)eine ungeschriebene vertragliche Nebenpflicht treffen kann, dem Patienten Einsicht in Behandlungsunter-

lagen insoweit zu gewähren, als dieser daran ein ersichtliches Interesse hat und billigenswerte Gründe für die Verweigerung nicht vorliegen. … **[18]** … Das muss aber nach Auffassung des Senats im Interesse des Selbstbestimmungsrechts in Kauf genommen werden, ***zumal es dem Patienten freigestanden hätte, eine volle Offenlegung der Befunde von vornherein zum Inhalt des Behandlungsvertrags zu machen***."

297. Vor dem 26.02.2013, dem Inkrafttreten des § 630g BGB hatte der BGH die Meinung, dass die ganze Wahrheit dem Patienten im Zweifel sogar vorenthalten werden muss. BGH, 23.11.1982 - VI ZR 222/79 (BGHZ 85, 327), **Rn. 27**: "Das führt dazu, dass die Krankenunterlagen derzeit vielfach der Sache nach legitime Bekundungen enthalten, die - nicht nur wegen ihrer zwangsläufig emotionellen Färbung und in ihnen enthaltener subjektiver Wertungen, sondern etwa auch wegen des Hinweises auf später aufgegebene Verdachtsdiagnosen, den indessen zu tilgen ärztlich verfehlt wäre - ***der Einsicht des Patienten entzogen werden müssen und dürfen***."

298. Das "Therapeutische Privileg" zur Täuschung des Patienten hatte vor dem 26.02.2013, dem Inkrafttreten des § 630g BGB sogar einen Namen. BGH, 23.11.1982 - VI ZR 222/79 (BGHZ 85, 327), **Rn. 19**: "Es ist nicht zu verkennen, daß es besondere Situationen geben kann, in denen der Arzt dem Patienten ***aus therapeutischen Gründen gewisse Erkenntnisse vorenthalten darf und muss***, was in nicht ganz glücklicher Weise als ***therapeutisches "Privileg"*** bezeichnet worden ist (Deutsch, a.a.O.; Lilie, a.a.O., S. 171 f)."

299. Auskunfts- und Einsichtsrecht ist zweierlei. BGH, 23.11.1982 - VI ZR 222/79 (BGHZ 85, 327), **Rn. 31**: "Dieser Einschränkung stehen auch nicht die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes entgegen, schon abgesehen davon, dass dieses dem von den Daten Betroffenen kein Einsichts-, sondern nur ein Auskunftsrecht gewährt."

9.3 Gesundheitszeugnisse

300. Ärztliche Atteste und Bescheinigungen sind Privaturkunden. Der Arzt kann auch irren, ohne zu haften, schuldet aber die Feststellung nach bestem Wissen und Gewissen. LG Dortmund, 17.05.2018 - 12 O 388/16 (dejure 2018,45551), **Rn. 27** : "Zwar bestand zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2 (der orthopädischen Gemeinschaftspraxis) ein Behandlungsvertrag, insoweit sich der Kläger in die Behandlung des Beklagten zu 1 begab (vgl. zu den Vertragsverhältnissen bei Berufsausübungsgemeinschaften/Gemeinschaftspraxen: BeckOK BGB/Katzenmeier BGB § 630a Rn. 65, beck-online). Aus diesem ergibt sich auch die ***vertragliche Nebenpflicht, schriftliche Bescheinigungen (insbesondere Atteste und Gesundheitszeugnisse) zum Nachweis des Bestehens oder Nichtbestehens gesundheitlicher Beeinträchtigungen***, von Ereignissen oder Behandlungen richtig auszustellen. Die Bescheinigungen stellen insoweit ***Privaturkunden gem. § 416 ZPO und ein Gesundheitszeugnis i.S.d. § 278 StGB*** (BeckOK BGB/Katzenmeier BGB § 630a Rn. 118 ff, beck-online) dar. Hierbei übernimmt der Arzt jedoch keine Gewähr dafür, dass die Bescheinigung richtig ist und seine Einschätzung durch einen Sachverständigen geteilt wird. ***Er schuldet die Feststellung nach bestem Wissen und Gewissen*** (vgl. LG Darmstadt, Urteil vom 19. September 1990 – 9 O 21/89 –, NJW 1991, 757 [759], beck-online)."

301. Zum Vorwurf unterlassener Befunderhebung gehört die Darlegungslast in zumutbaren Umfang LG Dortmund, 17.05.2018 - 12 O 388/16 (dejure 2018,45551), **Rn. 29**: "Soweit der Kläger beanstandet, dass der Beklagte zu 1 es unterlassen habe, gebotene Befunde zu erheben, ist dieser Vortrag gänzlich unsubstantiiert. Zwar ist dem Kläger kein Vortrag dahingehend abzuverlangen, welche Untersuchungen hätten durchgeführt werden müssen. ***Jedoch wäre erwartbar gewesen, dass der Kläger den am 10.06.2013 stattgefunden ärztlichen Kontakt und seinen ungefähren Ablauf schildert.*** Die Kammer stellt hier auch keine unüberwindbaren Hürden, da der Kläger lediglich seine eigenen Wahrnehmungen hätte vortragen müssen. Hinsichtlich des Vorwurfs der unzureichenden Befunderhebung fehlt es damit an etwaigen Tatsachen, die einer Beweiserhebung zugänglich waren."

9.4 Einwilligung in die Behandlung

302. Nötigung untergräbt die Einwilligungsfähigkeit. BVerfG, 26.02.2020 - 2 BvR 2347/15 u. a. (BVerfGE 153, 182), **Rn. 241**: "Voraussetzung [für einen anzuerkennenden Entschluss zum Suizid] ist zudem, dass der Betroffene keinen unzulässigen Einflussnahmen oder Druck ausgesetzt ist (vgl. BVerfGE 128, 282 <301> für die Einwilligung in medizinische Maßnahmen)."

9.5 Zwangsbehandlungen

303. 5-Punkt und 7-Punkt-Fixierungen müssen absehbar die Dauer von ungefähr einer halben Stunde unterschreiten. BVerfG, 15.01.2020 - 2 BvR 1763/16 (NJW 2020, 675), **Rn. 44**: "Mit einer – nicht lediglich kurzfristigen – Fixierung wird in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) eingegriffen (vgl. BVerfGE 149, 293 <319 ff. Rn. 68 ff.>). Ob ein Eingriff in die persönliche (körperliche) Freiheit vorliegt, hängt lediglich vom tatsächlichen, natürlichen Willen des Betroffenen ab. Dessen fehlende Einsichtsfähigkeit lässt den Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG nicht entfallen; er ist auch dem psychisch Kranken und nicht voll Geschäftsfähigen garantiert (vgl. BVerfGE 10, 302 <309>; 58, 208 <224>; 149, 293 <318 f. Rn. 66>). Jedenfalls eine 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung stellen – wie der Senat entschieden hat – eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG dar, soweit es sich nicht lediglich um eine kurzfristige Maßnahme handelt, die absehbar die Dauer von ungefähr einer halben Stunde unterschreitet (vgl. BVerfGE 149, 293 <319 Rn. 67 f.>)."

9.6 Psychiatrie-Praxis:

304. Gängige Praxis ist, dass "vielfältig … Erstanträge in den Krankenhäusern vorbereitet und gestellt" werden, was zur Verdoppelung der Fallzahlen führte, während sich "die mittlere Verweildauer in psychiatrischen Kliniken ... sich seit 1990 bundesweit ungefähr halbierte". Die Fallzahlen wurden gesteigert, wodurch sich also eine Entsprechung zur ungefähr gleichbleibenden Kapazität der Krankenhäuser ergab. Trüg et al.: Medizinisch leistungsgerechte Personalbemessung in Psychiatrie und Psychosomatik (zfp-web.de), **S. 3, Abs. 4 + 5**: "Behandlungsdauer: ***Die mittlere Verweildauer in psychiatrischen Kliniken hat sich seit 1990 bundesweit ungefähr halbiert*** - von über 50 Tagen auf rund 25 Tage (Schneider F. et al. (2011); Jans M. (2014)). In den Zentren für Psychiatrie in Baden-Württemberg ist von 1990 bis 2016 eine Verkürzung der durchschnittlichen Verweildauer von 46 auf 23 Tage zu beobachten: In der Allgemeinpsychiatrie von 50 auf 28 Tage, bei den Suchtkranken von 22 auf 13 Tage, in der Gerontopsychiatrie von 47 auf 25 Tage. ***Mit der drastischen Verkürzung der Verweildauern ging eine entsprechende Steigerung der Fallzahlen einher***. Höhere Fallzahlen und kürzere Liegezeiten bedeuten im klinischen Ablauf einen deutlich erhöhten Aufwand für Aufnahmen und Entlassungen, d.h. ein erhöhter Zeitbedarf für Anamnese, Diagnostik, Entlassvorbereitung und entsprechende Dokumentation ist die Folge. **[5]** Rechtliche Rahmenbedingungen ***Auf bundesgesetzlicher Ebene hat sich durch die Neufassung des Betreuungsrechts die Zahl der Betreuungsanträge von 1992 bis 2016 verdoppelt, vielfältig werden Erstanträge in den Krankenhäusern vorbereitet und gestellt*** (Deinert H. (2016)). Das Patientenrechtegesetz, das auf der UN-Behindertenrechtskonvention basiert, die ebenfalls in Deutschland Gesetzeskraft hat, bewirkt einen deutlich erhöhten Zeitaufwand für Aufklärung, für die partizipative Entscheidungsfindung, die Bearbeitung von Nachfragen von Patienten bzw. Patientinnen oder Angehörigen und die entsprechende Dokumentation."

10 Menschenrecht

10.1 Verschwindensschutzgesetz (Auswahl):

305. Der Bundesrat will den Schutz vor staatlicher Verfolgung verbessern: Bundesrats-Beschlussdrucksache vom 12.06.2009 (BR-DS 465/09): "Beschluss des Bundesrates – Gesetz zu dem Internationalen Übereinkommen vom 20. Dezember 2006 zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen – Der Bundesrat hat in seiner 859. Sitzung am 12. Juni 2009 beschlossen, zu dem vom Deutschen Bundestag am 14. Mai 2009 verabschiedeten Gesetz einen Antrag gemäß Artikel 77 Absatz 2 des Grundgesetzes nicht zu stellen. Der Bundesrat hat ferner die folgende Entschlie-

ßung gefasst:
Der Bundesrat fordert die Bundesregierung auf, die Abgabe einer Erklärung zu prüfen, mit der die Zuständigkeit des Ausschusses über das Verschwindenlassen für die Staatenbeschwerde im Sinne von Artikel 32 des Übereinkommens vom 20. Dezember 2006 zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen anerkannt wird.
Begründung: Das Verfahren der Staatenbeschwerde zum Ausschuss über das Verschwindenlassen ist ein wichtiges Instrument zur Gewährleistung der Ziele des Übereinkommens. Da dieses Verfahren nur zur Anwendung kommt, wenn sowohl der Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegner die Zuständigkeit des Ausschusses anerkannt haben, ist es von besonderer Bedeutung, dass möglichst viele Vertragsstaaten eine entsprechende Anerkennungserklärung abgeben. Die Bundesrepublik sollte hier mit gutem Beispiel vorangehen. Die Bundesregierung hat in der Begründung des Gesetzentwurfs erklärt, sie werde die Abgabe einer Anerkennungserklärung für die Individualbeschwerde nach Artikel 31 des Übereinkommens prüfen (BT-Drs. 16/12592, S. 39). Diese Prüfung ist auf die Anerkennung der Staatenbeschwerde auszudehnen."

306. **Der Bundestag macht Pressemeldung zum Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes vor staatlicher Verfolgung:** Bundestags-Pressemeldung vom 17.04.2009 zum Gesetzesentwurf gegen das Verschwindenlassen (Bundestag, PM v. 17.04.2009) "Berlin: (hib/BOB) Erzwungenes "Verschwinden" von Menschen durch den Staat soll besser als bisher bekämpft werden. Die Bundesregierung hat dazu einen Gesetzentwurf (16/12592) vorgelegt. In ihm führt sie aus, die Praxis des "Verschwindenlassens" sei nach wie vor weit verbreitet. "Verschwinden" bedeutet etwa die Festnahme einer Person durch die Polizei, nach der die Familie nie wieder ein Lebenszeichen ihres Angehörigen erhält. Diese Praxis habe insbesondere in weltweiten Kampf gegen den Terrorismus und dem Umgang mit Terrorismusverdächtigen neue Aktualität gewonnen, schreibt die Regierung. Grundlage des Entwurfs ist ein Übereinkommen der Vereinten Nationen vom Dezember 2006. Ziel des Abkommens ist unter anderem, eine staatenübergreifende Verfolgung der Täter zu erleichtern. Familienangehörigen der Opfer soll weiterhin ein Informations- und Wiedergutmachungsrecht zugestanden werden. Die UN-Arbeitsgruppe für erzwungenen oder unfreiwilliges Verschwinden habe seit ihrer Gründung im Jahre 1980 fast 52.000 Beschwerden zu Fällen erhalten, die über 90 Staaten in allen Weltregionen beträfen.
Mit diesem internationalen Rechtsinstrument soll laut Gesetzentwurf eine Vorgehensweise wie diese verhindert werden: Ein Regimekritiker wird durch die Polizei, das Militär oder die Geheimdienste festgenommen, danach bestreiten die Verantwortlichen, die Person in Gewahrsam zu haben. Die Menschen "verschwänden" gewissermaßen, so die Bundesregierung. Sie würden anschließend nicht selten gefoltert, oft auch getötet. Wenn Familienangehörige oder Freunde bei den zuständigen Behörden nachfragten, erhielten sie zur Antwort, man wisse nichts über den Verbleib der Person. Dies geschehe, obwohl manchmal anderslautende Indizien vorlägen oder eventuell sogar Zeugen beobachtet hätten, dass Vertreter von staatlichen Sicherheitsorganisationen den Menschen festgenommen hätten. Da die staatlichen Behörden die Verantwortung für Inhaftierungen in der Regel abstritten, sei es für die betroffenen Familienangehörigen schwer nachzuweisen, dass dies eben diese gleichwohl an der Entführung und Inhaftierung beteiligt gewesen seien. Eigener Aussage zufolge engagiert sich die Bundesregierung "konsequent und kontinuierlich" im Kampf gegen derartiges "Verschwindenlassen" von Personen."

307. **Menschen dürfen nicht verschwinden gelassen werden.** BGBl. II 2009 S. 932-954 - IntÜ-VerschwindensSchutz-Gesetz (dejure 2009,84879), **Art. 1**: "(1) ***Niemand darf dem Verschwindenlassen unterworfen werden***. (2) Außergewöhnliche Umstände gleich welcher Art, sei es Krieg oder Kriegsgefahr, innenpolitische Instabilität oder ein sonstiger öffentlicher Notstand, dürfen nicht als Rechtfertigung für das Verschwindenlassen geltend gemacht werden."

308. **Verschwindenlassen ist u. a. auch Festnahme, Freiheitsentziehung, Freiheitsberaubung die von Staats wegen oder mit staatlicher Duldung erfolgt und als solche nicht anerkannt oder verschleiert wird.** BGBl. II 2009 S. 932-954 - IntÜ-VerschwindensSchutz-Gesetz (dejure 2009,84879), **Art. 2**: "Im Sinne dieses Übereinkommens bedeutet „Verschwindenlassen“ die Fest-

nahme, den ***Entzug der Freiheit***, die ***Entführung*** oder ***jede andere Form der Freiheitsberaubung durch Bedienstete*** des Staates oder durch Personen oder Personengruppen, die mit Ermächtigung, Unterstützung ***oder Duldung des Staates*** handeln, ***gefolgt von der Weigerung, diese Freiheitsberaubung anzuerkennen***, oder der Verschleierung des Schicksals oder des Verbleibs der verschwundenen Person, wodurch sie dem Schutz des Gesetzes entzogen wird."

309. **Vertragsstaaten haben die positive Verpflichtung, geeignete Maßnahmen gegen das Verschwindenlassen zu treffen.** BGBl. II 2009 S. 932-954 - IntÜ-VerschwindensSchutz-Gesetz (dejure 2009,84879), **Art. 3**: "Jeder Vertragsstaat trifft geeignete Maßnahmen, um wegen Handlungen im Sinne des Artikels 2, die von Personen oder Personengruppen ohne Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung des Staates begangen werden, zu ermitteln und die Verantwortlichen vor Gericht zu stellen."

310. **Vertragsstaaten haben auch die strafrechtliche Verfolgung des Verschwindenlassens zu gewährleisten.** BGBl. II 2009 S. 932-954 - IntÜ-VerschwindensSchutz-Gesetz (dejure 2009,84879), **Art. 6 (1)a**: "(1) Jeder Vertragsstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um zumindest folgende Personen strafrechtlich verantwortlich zu machen: a) jede Person, die ein Verschwindenlassen begeht, anordnet, dazu auffordert, dazu anstiftet, es zu begehen versucht, Mittäter oder Gehilfe an einem Verschwindenlassen ist oder an ihm teilnimmt;"

311. **Opfern des Verschwindenlassens steht der Rechtsweg und der wirksame Rechtsbehelf zu.** BGBl. II 2009 S. 932-954 - IntÜ-VerschwindensSchutz-Gesetz (dejure 2009,84879), **Art. 8 (2)**: "Jeder Vertragsstaat gewährleistet das Recht der Opfer von Verschwindenlassen auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor Ablauf der Verjährungsfrist."

312. **Vertragsstaaten gewährleisten, dass freiheitsentzogene Personen den Kontakt mit Personen ihrer Wahl halten können.** BGBl. II 2009 S. 932-954 - IntÜ-VerschwindensSchutz-Gesetz (dejure 2009,84879), **Art. 17 (1) + (2)d**: "(1) Niemand darf geheim in Haft gehalten werden. **(2)** Unbeschadet anderer ... Verpflichtungen ... wird jeder Vertragsstaat in seinem Recht … **d)** gewährleisten, dass jeder Person, der die Freiheit entzogen ist, gestattet wird, mit ihrer Familie, ihrem Rechtsbeistand oder jeder anderen Person ihrer Wahl vorbehaltlich allein der gesetzlich vorgesehenen Bedingungen zu verkehren und von diesen besucht zu werden, oder, sofern es sich um eine Ausländerin oder einen Ausländer handelt, im Einklang mit dem anwendbaren Völkerrecht mit ihren Konsularbehörden zu verkehren;"

313. **Vertragsstaaten treffen geeignete Maßnahmen, dass die Recherche nach freiheitsentzogenen Personen nicht zu Benachteiligungen derselben führt.** BGBl. II 2009 S. 932-954 - IntÜ-VerschwindensSchutz-Gesetz (dejure 2009,84879), **Art. 18 (2)**: "Falls erforderlich sind geeignete Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die in Absatz 1 bezeichneten Personen sowie die an der Untersuchung Beteiligten vor jeder Misshandlung, Einschüchterung oder Sanktion wegen der Bemühungen um Informationen über eine Person, der die Freiheit entzogen ist, geschützt sind."

314. **Opfer des Verschwindenlassens sind alle unmittelbar Geschädigten. Sie haben Anrecht auf Aufklärung, Wiedergutmachung, Entschädigung, Restitution, Rehabilitation, Genugtuung, Wiederherstellung von Würde und Ansehen sowie auf Garantie der Nichtwiederholung.** BGBl. II 2009 S. 932-954 - IntÜ-VerschwindensSchutz-Gesetz (dejure 2009,84879), **Art. 24 (1), (2), (4) + (5)**: "Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet „Opfer“ die verschwundene Person sowie jede natürliche Person, die als unmittelbare Folge eines Verschwindenlassens geschädigt worden ist. **(2)** Jedes Opfer hat das ***Recht, die Wahrheit*** über die Umstände des Verschwindenlassens, den Verlauf und die Ergebnisse der Untersuchung und das Schicksal der verschwundenen Person ***zu erfahren***. Jeder Vertragsstaat trifft die zu diesem Zweck geeigneten Maßnahmen. **(4)** Jeder Vertragsstaat gewährleistet den Opfern des Verschwindenlassens in seiner Rechtsordnung das Recht auf ***Wiedergutmachung*** und auf umgehende, gerechte und angemessene ***Entschädigung***. **(5)** Das Recht auf ***Wiedergutmachung*** nach Absatz 4 umfasst den ***Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens*** sowie gegebenenfalls andere Arten der ***Wiedergutmachung*** wie **a)** die ***Restitution***; **b)** die

Rehabilitation; **c)** die ***Genugtuung*** einschließlich der ***Wiederherstellung der Würde und des Ansehens***; **d)** die ***Garantie der Nichtwiederholung***."

11 Mietrecht

11.1 Wohnung als Schutzraum nach Art. 13 GG

11.2 Wohnung als Besitz und Eigentum nach Art. 13 GG

Der Mieter einer Wohnung genießt aus Art. 14 (1) GG Schutz des Eigentums

315. Die gemietete Wohnung bietet Besitzrecht auf Zeit und somit Eigentumsrecht. BVerfG, 26.05.1993 - 1 BvR 208/93 (NJW 1993, 2035), **Rn. 19**: "Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage, ob das aus dem Mietvertrag folgende Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung Eigentum im Sinne dieser Freiheitsgewährleistung ist, bislang offen gelassen (vgl. BVerfGE 18, 121 <131>; 83, 82 <88>). ***Sie ist zu bejahen.***"

316. Das Grundrecht der unverletzlichen Wohnung (mit dem Hausfrieden, dort in Ruhe gelassen zu werden) beruht auf Art. 13 (1) GG. Das Besitzrecht eines Wohnungsmieters hingegen ist ein Eigentumsrecht nach Art. 14 (1) GG. BVerfG, 26.05.1993 - 1 BvR 208/93 (NJW 1993, 2035), **Rn. 34 +36**: "***Nach Art. 13 Abs. 1 GG ist die Wohnung unverletzlich***. Diese Grundrechtsverbürgung betont zwar die Bedeutung einer Wohnung, schützt diese jedoch nur gegen bestimmte Beeinträchtigungen. ***Geschützt ist nicht das Besitzrecht an einer Wohnung, sondern deren Privatheit***. Art. 13 Abs. 1 GG schützt damit nicht das Interesse, eine bestimmte Wohnung zum Lebensmittelpunkt zu machen und sie hierfür zu behalten. Der Schutz der Wohnung nach Art. 13 GG ***soll vielmehr Störungen vom privaten Leben fernhalten***. Schutzgut ist die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet. Art. 13 Abs. 1 GG gewährleistet ***das Recht, in diesen Räumen in Ruhe gelassen zu werden*** (vgl. BVerfGE 32, 54 <75>). Er verbürgt dem Einzelnen mit Blick auf die Menschenwürde sowie im Interesse der Entfaltung der Persönlichkeit einen elementaren Lebensraum, in den nur unter den Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 und 3 GG eingegriffen werden darf (vgl. BVerfGE 51, 97 <110>). ***Art. 13 GG enthält insbesondere das grundsätzliche Verbot, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen oder darin zu verweilen*** (vgl. BVerfGE 76, 83 <89 f.>). … **[36]** … Das Besitzrecht des Mieters und sein Interesse am Erhalt der bisherigen Wohnung fallen aber schon in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. ..."

317. Die Wohnungsräumung gegen den Willen des Mieters berührt Art. 13 GG. (Dieser wird unrechtmäßigen Falls dann wohl verletzt sein.) BVerfG, 26.05.1993 - 1 BvR 208/93 (NJW 1993, 2035), **Rn. 35**: "... Ähnlich verhält es sich, wenn der Vermieter im Wege verbotener Eigenmacht (§ 858 BGB) in die Wohnung eindringt und sich wieder in deren Besitz setzt. ..."

318. Das Eigentumsrecht an der Wohnung aus Art. 14 (1) GG umfasst Vermieter- und Mieterinteressen. Deren gerichtliche Überprüfung kann von beiden Seiten angestrengt werden. BVerfG, 26.05.1993 - 1 BvR 208/93 (NJW 1993, 2035), **Rn. 31**: "… kann der Mieter beanspruchen, daß das Gericht hiergegen gerichteten Einwänden in einer Weise nachgeht, die der Bedeutung und Tragweite seines Bestandsinteresses gerecht wird, also beispielsweise nachprüft, ob der Selbstnutzungswunsch ernsthaft verfolgt wird. ..."

11.3 Abmeldung von Amts wegen

319. Das Rechtsschutzbedürfnis an richtigen Meldedaten besteht stets. VG Bremen, 17.06.2022 - 2 K 862/21 (dejure 2022,16486), **Gründe, Kap. I, Abs. 4**: "Die mit der behördlichen Entscheidung verbundene Feststellung der Richtigkeit des in Rede stehenden Datums betrifft den jeweiligen Anspruchsteller als außerhalb der Verwaltung stehende natürliche Person in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und entfaltet damit auch unmittelbare Außenwirkung (BVerwG,a.a.O.). ***Damit liegt ein Rechtsschutzbedürfnis*** auch hinsichtlich der begehrten Verpflichtung der Beklagten als Vorstufe zur Berichtigung des Melderegisters ***vor***."

320. Die Abgrenzung von vorübergehender Abwesenheit und Auszug erläutert das VG Bremen,

17.06.2022 - 2 K 862/21 (dejure 2022,16486), **Gründe, Kap. II, 1. Abs. 2**: "Ein Auszug aus einer Wohnung i.S.d. § 17 Abs. 2 BMG liegt dann vor, wenn klare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Wohnung nicht mehr als Ort wahrgenommen wird, an welchem die Person Angelegenheiten des täglichen Lebens erledigt. Ein Auszug erfordert ein endgültiges Verlassen oder zumindest ein Verlassen auf längere, unbestimmte Zeit. ***Nicht als Auszug anzusehen ist eine vorübergehende Unterbrechung der Benutzung einer Wohnung, wenn die Absicht und die tatsächliche Möglichkeit bestehen, eine Benutzung der Wohnung fortzusetzen. Als Grenze dürfte eine voraussichtliche Abwesenheit von länger als einem Jahr anzusehen sein.*** Für einen Auszug spricht es zudem, wenn alle persönlichen Gegenstände und Einrichtungsgegenstände entfernt wurden, soweit diese nicht offensichtlich wertlos sind (Engelbrecht/Schwabenbauer, BMG, Kommentar, 2022, § 17, Rdnr. 38ff., 49)."

321. Die Abgrenzung von vorübergehender Abwesenheit und Auszug erläutert das VG München, 10.08.2021 - M 13 E 21.2521 (dejure 2021,34526), **Rn. 73**: "Die Eintragung einer Wohnung im Melderegister setzt nach § 20 BMG eine tatsächliche Nutzung dieser Wohnung voraus. Eine bloße Berechtigung zur Benutzung ist dabei unerheblich. Zusätzlich muss die Absicht bestehen, die Wohnung für einen nicht unerheblichen Zeitraum zu benutzen (vgl. Nr. 17.1.1 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Bundesmeldegesetzes - BMGVwV). Auszug bedeutet das tatsächliche, endgültige Verlassen einer Wohnung. ***Kein Auszug, sondern lediglich eine vorübergehende Unterbrechung der Benutzung einer Wohnung liegt vor, wenn die Absicht und die tatsächliche Möglichkeit bestehen, die Benutzung der Wohnung fortzusetzen*** (Nr. 17.2.2 BMGVwV). "Beziehen" bedeutet, dass der Betreffende tatsächlich in die Wohnung einzieht, sie also tatsächlich benutzt, und zwar - wie sich aus § 20 Satz 1 BMG ergibt - zum Wohnen und/oder Schlafen. Unter Wohnen ist zu verstehen, dass eine Wohnung für die Angelegenheiten des täglichen Lebens wie Aufhalten, Essen und Schlafen benutzt wird (Böttcher/Ehmann, MeldeG [seit 31.10.2015 außer Kraft] nunmehr BMG, Art. 13 Rn. 23)."

11.4 Kalte Wohnungsräumung

322. Wohnungsmieter sind vor Gewalt und Wildwestmethoden gesetzlich geschützt. AG München, 27.06.2017 - 461 C 9942/17 (ZMR 2018, 515), **Rn. 45**: "… Denn der Vermieter kann den Mieterschutz der §§ 573 ff. BGB nicht dadurch aushebeln, dass er den Mieter mit Gewalt der Wohnung entsetzt. …"

323. Wer eine Wohnung unrechtmäßig ausräumt, muss sie auch wieder einräumen. AG München, 27.06.2017 - 461 C 9942/17 (ZMR 2018, 515), **Rn. 11**: "… 1. Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller den Besitz an der Wohnung ..., Erdgeschoss, Wohnung Nummer ..., in 80339 München, wieder einzuräumen und den ursprünglichen Zustand inklusive der zuvor vorhandenen Möbel wieder herzustellen. 2. Der Antragssteller ist berechtigt, sich durch einen Gerichtsvollzieher in den Besitz einweisen zu lassen. ..."

324. Die Inbesitznahme einer Wohnung bedarf eines gerichtlichen Titels. BGH, 14.07.2010 - VIII ZR 45/09 (NJW 2010, 3434), **Ls. a**: "Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren ***eigenmächtiges Ausräumen*** durch einen Vermieter stellt eine unerlaubte Selbsthilfe dar, für deren Folgen der Vermieter ***verschuldens-unabhängig*** nach § 231 BGB haftet (Bestätigung der Senatsurteile vom 6. Juli 1977 - VIII ZR 277/75, WM 1977, 1126, und vom 1. Oktober 2003 - VIII ZR 326/02, WuM 2003, 708)."

325. Wer eigenmächtig räumt, muss dokumentieren, was er räumt. BGH, 14.07.2010 - VIII ZR 45/09 (NJW 2010, 3434), **Ls. b**: "Der Vermieter, der eine Wohnung ***in Abwesenheit des Mieters*** ohne Vorliegen eines gerichtlichen Titels durch verbotene Eigenmacht in Besitz nimmt, hat sich aufgrund der ihn treffenden Obhutspflicht nicht nur zu entlasten, soweit ihm die Herausgabe nachweislich vorhandener Gegenstände unmöglich wird oder nachweislich eine Verschlechterung an herauszugebenden Gegenständen eintritt. Er muss aufgrund seiner Obutspflicht die Interessen des an einer eigenen Interessenwahrnehmung verhinderten Mieters auch dadurch wahren, dass er bei der Inbe-

sitznahme ***ein aussagekräftiges Verzeichnis der verwahrten Gegenstände*** aufstellt und deren Wert schätzen lässt. Kommt er dem nicht nach, hat er zu beweisen, in welchem Umfang Bestand und Wert der der Schadensberechnung zugrunde gelegten Gegenstände von den Angaben des Mieters abweichen, soweit dessen Angaben plausibel sind (Anschluss an BGHZ 3, 162)."

326. In der Wohnung vorgefundene Gegenstände dürfen nicht eigenmächtig entsorgt werden. **BGH, 14.07.2010 - VIII ZR 45/09** (NJW 2010, 3434), **Rn. 10**: "… Von der Ersatzpflicht erfasst wird insbesondere eine eigenmächtige Entsorgung des hierbei in Besitz genommenen Hausrats und der sonst in der Wohnung vorgefundenen Gegenstände. Denn den Vermieter trifft mit seiner Inbesitznahme zugleich eine Obhutspflicht, welche einer Entsorgung grundsätzlich entgegensteht (Senatsurteil vom 1. Oktober 2003, aaO; Sternel, aaO, Rdnr. XIII 26; Horst, aaO, S. 142; vgl. ferner BGH, Urteil vom 27. April 1971 - VI ZR 191/69, WM 1971, 943, unter II 1 b)."

327. Auch bei der nicht erfolgreich kund gegebenen Wohnungsräumung müssen die Interessen des ursprünglichen Besitzers gewahrt werden. **BGH, 14.07.2010 - VIII ZR 45/09** (NJW 2010, 3434), **Rn. 15**: "… Denn zu den Obhutspflichten der Beklagten bei Inbesitznahme der Wohnung und der darin befindlichen (Einrichtungs-) Gegenstände hat auch die Pflicht gehört, die Interessen des durch Ortsabwesenheit und ***mangelnde Kenntnis von der Inbesitznahme*** an einer eigenen Interessenwahrnehmung verhinderten Klägers zu wahren. ..."

328. Bei der Inbesitznahme einer Wohnung in Abwesenheit des ursprünglichen Besitzers sind Protokoll und geeignete Lichtbilder anzufertigen. **BGH, 14.07.2010 - VIII ZR 45/09** (NJW 2010, 3434), **Rn. 16**: "Den hieran zu stellenden Anforderungen werden - wie die Revision mit Recht rügt - weder das von den Mitarbeitern der Beklagten gefertigte Protokoll über die Wohnungsöffnung und -inbesitznahme noch die ***bei dieser Gelegenheit gefertigten Lichtbilder*** gerecht. ..."

329. Für den in Beweisnot geratenen, in seiner Abwesenheit geräumten Mieter muss notfalls der Richter den entstandenen Schaden schätzen. **BGH, 14.07.2010 - VIII ZR 45/09** (NJW 2010, 3434), **Rn. 19**: "... Steht - wie hier - der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach fest und bedarf es lediglich der Ausfüllung zur Höhe, darf die Klage grundsätzlich nicht vollständig abgewiesen werden. Vielmehr muss der Tatrichter den Schaden im Rahmen des Möglichen schätzen. Selbst wenn der Vortrag des Geschädigten zu den Umständen, die seine Vorstellungen zur Schadenshöhe rechtfertigen sollen, Lücken oder Unklarheiten enthält, ist es in der Regel nicht gerechtfertigt, dem jedenfalls in irgendeiner Höhe Geschädigten jedweden Ersatz zu versagen."

12 Polizei- und Ordnungsrecht

12.1 Polizeikennzeichnung gegen Polizeigewalt

330. Gefängnisinsassen (analog wohl auch Psychiatrieinsassen) genießen die starke Tatsachenvermutung, dass ihre Darstellungen wahr sind, soweit sie überhaupt nicht an Beweise gelangen können. EuGH, 09.11.2017, Individualbeschwerde 47274/15 (NJW 2018, 3763), **Abs. 70**: "… Insbesondere wenn das in Rede stehende Geschehen ganz oder teilweise im ausschließlichen Kenntnisbereich der Behörden liegt, wie es etwa bei ***inhaftierten Personen***, die ihrer Kontrolle unterstehen, der Fall ist, ergeben sich in Bezug auf Verletzungen, zu denen es während einer solchen Inhaftierung kommt, ***starke Tatsachenvermutungen***. Die Beweislast obliegt dann der Regierung, die insoweit eine zufriedenstellende und überzeugende Erklärung liefern muss, indem sie Beweise für Tatsachen vorlegt, die die Darstellung der Geschehnisse durch das Opfer in Zweifel ziehen (siehe Saydulkhanova ./. Russland, Individualbeschwerde Nr. 25521/10, Rdnr. 56, 25. Juni 2015)."

331. Polizeikräfte sollten eindeutige Kennzeichen ihrer Person tragen. EuGH, 09.11.2017, Individualbeschwerde 47274/15 (NJW 2018, 3763), **Abs. 91**: "Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass es in Fällen, in denen die zuständigen innerstaatlichen Behörden maskierte Polizeibeamte zur Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung oder zur Durchführung einer Festnahme einsetzen, erforderlich sein sollte, dass diese Beamten eine unverwechselbares Kennzeichnung, etwa eine

Identifikationsnummer, sichtbar tragen. ***Das Tragen einer solchen Kennzeichnung würde ihre Anonymität wahren und gleichzeitig ihre Identifizierung und Vernehmung ermöglichen***, sollte es zu Beanstandungen bezüglich der Art und Weise, wie der Einsatz durchgeführt wurde, kommen (siehe Ataykaya ./. Türkei, Individualbeschwerde Nr. 50275/08, Rdnr. 53, 22. Juli 2014, mit weiteren Nachweisen; Özalp Ulusoy ./. Türkei, Individualbeschwerde Nr. 9049/06, Rdnr. 54, 4. Juni 2013; und die CPT-Empfehlung in Rdnr. 43). Die resultierende Unfähigkeit von Augenzeugen und Opfern, die Beamten, die Misshandlungen begangen haben sollen, zu identifizieren, kann dazu führen, dass eine bestimmte Kategorie von Polizeibeamten praktisch straflos bleibt (vgl. Atakaya, a. a. O., Rdnr. 53, und Hristovi ./. Bulgarien, Individualbeschwerde Nr. 42697/05, Rdnrn. 92 und 93, 11. Oktober 2011)."

332. Behörden müssen alle möglichen Maßnahmen zur Beweismittelsicherung ergreifen. EuGH, 09.11.2017, Individualbeschwerde 47274/15 (NJW 2018, 3763), **Abs. 94**: "***Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen die Behörden alle ihnen zur Verfügung stehenden und angemessenen Maßnahmen ergreifen, um die Beweismittel zu sichern, die den in Rede stehenden Vorfall betreffen.*** Die aus den Ermittlungen gezogenen Schlussfolgerungen müssen sich auf eine gründliche, objektive und unparteiische Analyse aller erheblichen Elemente stützen. Einen offensichtlichen Ermittlungsansatz nicht zu verfolgen untergräbt die Ermittlungen in entscheidendem Maße im Hinblick auf die Fähigkeit, die Umstände des Falls und die Identität der verantwortlichen Personen festzustellen. Nichtsdestotrotz hängt es von den Umständen des konkreten Falls ab, welcher Art und welchen Ausmaßes die Prüfung sein muss, damit sie die Mindestanforderungen an effektive Ermittlungen erfüllt, und dies muss auf der Grundlage aller erheblichen Tatsachen und unter Berücksichtigung der praktischen Gegebenheiten der Ermittlungsarbeit beurteilt werden (siehe Armani da Silva ./. Vereinigtes Königreich [GK], Individualbeschwerde Nr. 5878/08, Rdnr. 233 und 234, ECHR 2016, mit weiteren Nachweisen)."

333. Videobeamte, die Videos über Polizeigewalt ihrer eigenen Einheit prüfen, sind nicht unabhängig. EuGH, 09.11.2017, Individualbeschwerde 47274/15 (NJW 2018, 3763), **Abs. 96**: "Soweit die Regierung die Vorgehensweise, nach der das gesamte aufgezeichnete Videomaterial von dem entsprechenden Videobeamten geprüft wurde, als Standardverfahren bezeichnete (siehe Rdnr. 16), gelangt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Videobeamten nicht als unabhängig angesehen werden können, wenn es um Ermittlungen geht, die Vorwürfe der Polizeigewalt durch Mitglieder ihrer eigenen Einheit betreffen."

334. Die Identitätsfeststellung gehört zu den zwingend gebotenen Amtsermittlungen. EuGH, 09.11.2017, Individualbeschwerde 47274/15 (NJW 2018, 3763), **Abs. 99**: "… Der Gerichtshof erinnert daran, dass ein Ermittlungsmangel, der verhindert, dass der Sachverhalt oder die Identität der Verantwortlichen festgestellt werden kann, die Gefahr birgt, dass das nach Artikel 3 in verfahrensrechtlicher Hinsicht erforderliche Maß an Effektivität nicht erreicht wird (siehe Hristovi, a. a. O., Rdnr. 86). ..."

335. Die Amtlichen (Identitäts-)Ermittlungen müssen promt, unter Mitwirkung des Opfers, ernsthaft und gründlich sein. EuGH, 09.11.2017, Individualbeschwerde 47274/15 (NJW 2018, 3763), **Abs. 121-123**: "Insoweit ist das Erfordernis der Promptheit und der angemessenen Beschleunigung implizit vorhanden. Auch wenn es im Einzelfall Hindernisse oder Schwierigkeiten bei dem Fortgang einer Ermittlung geben mag, so ist grundsätzlich eine prompte Reaktion der Behörden bei der Untersuchung von Vorwürfen der Misshandlung wesentlich, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Rechtsstaat aufrecht zu erhalten und zu verhindern, dass der Eindruck der Verdunkelung oder Duldung rechtswidriger Taten entsteht. **[122]** Das Opfer sollte in der Lage sein, effektiv an den Ermittlungen mitzuwirken. **[123]** Schließlich müssen die Ermittlungen gründlich sein, was bedeutet, dass die Behörden stets ernsthaft versuchen müssen zu klären, was vorgefallen ist, und sich nicht auf übereilte oder unbegründete Schlussfolgerungen stützen, um ihre Ermittlungen einzustellen."

13 Presserecht

13.1 Pressekodex 2021

https://www.presserat.de/downloads.html?file=files/presserat/dokumente/pressekodex/Pressekodex2021.pdf

336. **Pressekodex 2021, Ziffer 8 SCHUTZ DER PERSÖNLICHKEIT**: "Die Presse achtet das Privatleben des Menschen und seine informationelle Selbstbestimmung. Ist aber sein Verhalten von öffentlichem Interesse, so kann es in der Presse erörtert werden. Bei einer identifizierenden Berichterstattung muss das Informationsinteresse der Öffentlichkeit die schutzwürdigen Interessen von Betroffenen überwiegen; bloße Sensationsinteressen rechtfertigen keine identifizierende Berichterstattung. Soweit eine Anonymisierung geboten ist, muss sie wirksam sein. Die Presse gewährleistet den redaktionellen Datenschutz."

337. **Pressekodex 2021, RICHTLINIE 8.1 (1) KRIMINALBERICHTERSTATTUNG**: "An der Information über Straftaten, Ermittlungs- und Gerichtsverfahren besteht ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit. Es ist Aufgabe der Presse, darüber zu berichten"

338. **Pressekodex 2021, RICHTLINIE 8.1 (2), 2. Punkt KRIMINALBERICHTERSTATTUNG**: "Für ein überwiegendes öffentliches Interesse spricht in der Regel, wenn ein Zusammenhang bzw. ***Widerspruch besteht zwischen Amt, Mandat, gesellschaftlicher Rolle oder Funktion einer Person und der ihr zur Last gelegten Tat***, … ."

339. **Pressekodex 2021, RICHTLINIE 8.1 (4) KRIMINALBERICHTERSTATTUNG**: "Über Personen, die an der Rechtspflege beteiligt sind, wie z. B. Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Sachverständige, darf in der Regel identifizierend berichtet werden, wenn sie ihre Funktion ausüben. Bei Zeugen sind Namensnennung und Fotoveröffentlichung in der Regel unzulässig."

340. **Pressekodex 2021, Ziffer 13 UNSCHULDSVERMUTUNG**: "Die Berichterstattung über Ermittlungsverfahren, Strafverfahren und sonstige förmliche Verfahren muss frei von Vorurteilen erfolgen. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung gilt auch für die Presse."

341. **Pressekodex 2021, RICHTLINIE 13.1 (1) VORVERURTEILUNG**: "Die Berichterstattung über Ermittlungs- und Gerichtsverfahren dient der sorgfältigen Unterrichtung der Öffentlichkeit über Straftaten und andere Rechtsverletzungen, deren Verfolgung und richterliche Bewertung. Sie darf dabei nicht vorverurteilen. Die Presse darf eine Person als Täter bezeichnen, wenn sie ein Geständnis abgelegt hat und zudem Beweise gegen sie vorliegen oder wenn sie die Tat unter den Augen der Öffentlichkeit begangen hat. In der Sprache der Berichterstattung ist die Presse nicht an juristische Begrifflichkeiten gebunden, die für den Leser unerheblich sind. Ziel der Berichterstattung darf in einem Rechtsstaat nicht eine soziale Zusatzbestrafung Verurteilter mit Hilfe eines „Medien-Prangers“ sein. Zwischen Verdacht und erwiesener Schuld ist in der Sprache der Berichterstattung deutlich zu unterscheiden."

342. **Pressekodex 2021, Ziffer 14 MEDIZIN-BERICHTERSTATTUNG**: "Bei Berichten über medizinische Themen ist eine unangemessen sensationelle Darstellung zu vermeiden, die unbegründete Befürchtungen oder Hoffnungen beim Leser erwecken könnte. Forschungsergebnisse, die sich in einem frühen Stadium befinden, sollten nicht als abgeschlossen oder nahezu abgeschlossen dargestellt werden."

13.2 PresseG.NRW

https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=2&gld_nr=%202&ugl_nr=2250&val=4493&ver=0&aufgehoben=N&keyword=&bes_id=4493

343. **§ 1 (1) PresseG.NRW** "Die Presse ist frei. Sie ist der freiheitlichen demokratischen Grundordnung verpflichtet."

344. **Ein Presseausweis oder eine Pressetätigkeit im Hauptberuf kann in NRW nicht verlangt werden, denn solches verlangt weder das Grundgesetz noch das PresseG.NRW; andere Rechtsquellen kommen nicht in Betracht. § 1 (2) PresseG.NRW**: "Die Freiheit der Presse unterliegt nur den Beschränkungen, die durch das Grundgesetz unmittelbar und in seinem Rahmen durch dieses Gesetz zugelassen sind."

345. **§ 1 (3) PresseG.NRW**: "Sondermaßnahmen jeder Art, die die Pressefreiheit beeinträchtigen, sind

verboten."

346. **§ 2 PresseG.NRW**: "Die Pressetätigkeit einschließlich der Errichtung eines Verlagsunternehmens oder eines sonstigen Betriebes des Pressegewerbes darf von irgendeiner Zulassung nicht abhängig gemacht werden.

347. **§ 3 PresseG.NRW**: "Die Presse erfüllt eine öffentliche Aufgabe insbesondere dadurch, daß sie Nachrichten beschafft und verbreitet, Stellung nimmt, Kritik übt oder auf andere Weise an der Meinungsbildung mitwirkt."

348. **§ 4 (1) PresseG.NRW**: "Die Behörden sind verpflichtet, den Vertretern der Presse die der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe dienenden Auskünfte zu erteilen."

349. **§ 12 PresseG.NRW**: "Soweit Unternehmen, Hilfs- und Beteiligungsunternehmen der Presse personenbezogene Daten zu journalistischen oder literarischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis)."

13.3 Presserecht im Verhältnis zum Staat und seinen Organen (der Rechtspflege)

350. **XX EGMR, 60899/00 Presserolle ist public watchdog**

351. https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20061102_AUSL000_000BSW60899_0000000_000

352. **XX EGMR, 60899/00 - Urteil v. 02.11.2006** (https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20061102_AUSL000_000BSW60899_0000000_000), **HRR-Intro von Karsten Gaede**: "Beleidigung von Richtern durch Urteilsschelte … Art. 10 EMRK; Art. 5 GG; § 185 StGB; § 186 StGB; § 187 StGB; § 193 StGB":

353. **XX EGMR, 60899/00 - Urteil v. 02.11.2006** (https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20061102_AUSL000_000BSW60899_0000000_000), **Ls. 2 d.B.**: "Der Presse kommt in der Demokratie eine grundlegende Bedeutung zu. Obwohl auch sie insbesondere die Rechte und die Ehre anderer sowie die daraus resultierenden Verpflichtungen respektieren muss, ist es ihre Pflicht, Informationen und Ideen zu allen Fragen des öffentlichen Interesses zu veröffentlichen. Sie muss in der Lage sein, ihre Rolle als "***public watchdog***" zu erfüllen."

354. **XX EGMR, 60899/00 - Urteil v. 02.11.2006** (https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20061102_AUSL000_000BSW60899_0000000_000), **Ls. 3 d.B.**: "***Zur Freiheit der Presse gehört auch die Kritik an Gerichtsentscheidungen***. Hierbei kann es indes erforderlich sein, das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit gegen destruktive und haltlose Angriffe zu verteidigen. Haben herabsetzende Werturteile aber eine ausreichende tatsächliche Basis (hier: kritikwürdige Passage in einer Gerichtsentscheidung), darf kein allein destruktiver Angriff angenommen werden."

355. **XX EGMR, 60899/00 - Urteil v. 02.11.2006** (https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20061102_AUSL000_000BSW60899_0000000_000), **Ls. 4 d.B.**: "Die Meinungsfreiheit ist für die demokratische Gesellschaft von konstitutiver Bedeutung. ..."

356. **XX EGMR, 60899/00 - Urteil v. 02.11.2006** (https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20061102_AUSL000_000BSW60899_0000000_000), **Ls. 5 d.B.**: "Die Meinungsfreiheit kann ausnahmsweise eingeschränkt werden, jedoch sind die Ausnahmen eng auszulegen und das Bedürfnis für eine Einschränkung muss überzeugend dargelegt werden. Erforderlich kann eine Einschränkung gemäß Art. 10 II EMRK nur sein, wenn für sie ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis besteht. ..."

357. **XX LEBACH: BVerfG 1 BvR 536/72 Auch Strafverfolgungsbehörden bedürfen der Kontrolle**

358. **XX LEBACH:** BVerfG, 05.06.1973 - 1 BvR 536/72 (NJW 1973, 747), **Ls. 3**: "Für die aktuelle Berichterstattung über schwere Straftaten verdient das Informationsinteresse der Öffentlichkeit im allgemeinen den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Straftäters. ..."

359. **XX LEBACH:** BVerfG, 05.06.1973 - 1 BvR 536/72 (NJW 1973, 747), **Rn. 76**: "... Nicht zuletzt fällt ***das legitime demokratische Bedürfnis nach Kontrolle der für die Sicherheit und Ordnung zuständigen Staatsorgane und Behörden, der Strafverfolgungsbehörden*** und der Strafgerichte maßgebend ins Gewicht. ..."

360. XX LEBACH: BVerfG, 05.06.1973 - 1 BvR 536/72 (NJW 1973, 747), **Rn. 77**: " ... ***Wer den Rechtsfrieden bricht***, durch diese Tat und ihre Folgen Mitmenschen oder Rechtsgüter der Gemeinschaft angreift oder verletzt, muß sich nicht nur den hierfür in der Rechtsordnung verhängten strafrechtlichen Sanktionen beugen. Er ***muß grundsätzlich auch dulden***, daß das von ihm selbst durch seine Tat erregte Informationsinteresse der Öffentlichkeit in einer nach dem Prinzip freier Kommunikation lebenden Gemeinschaft auf den dafür üblichen Wegen befriedigt wird. Im übrigen wirkt die hiermit gewährleistete Kontrolle der Strafverfolgung und des strafgerichtlichen Verfahrens auch zugunsten des Täters."

13.3.1 Die ungelenkt freie Presse: Ein Wesenselement des freiheitlichen Staates

361. Zensur findet auch bei der Gerichtspresse nicht statt. **BVerfG, 06.02.1979 - 2 BvR 154/78** (NJW 1979, 1400), **Kap. II. 1. b) aa)**: "***Eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfene Presse ist ein Wesenselement des freiheitlichen Staates … .***"

362. Auch eine nachträgliche Beurteilung findet bei der Gerichtspresse nicht statt. BVerfG, 06.02.1979 - 2 BvR 154/78 (NJW 1979, 1400), **Kap. II. 3. a)**: "Wäre es dem Richter gestattet, die Entfernung eines Pressevertreters aus dem Sitzungszimmer (§ 177 GVG) mit dem Hinweis auf die -- frühere oder künftige -- Berichterstattung des von ihm repräsentierten Presseorgans zu begründen, so könnte er ***mittels der ihm eingeräumten sitzungspolizeilichen Befugnisse*** Pressevertreter für die Art ihrer Berufsausübung ***nach Belieben "belohnen" und "bestrafen"***, künftiger Berichterstattung steuern und damit letztlich Einfluß auf Erscheinen und Inhalt von Presseveröffentlichungen gewinnen. Das wäre mit Art 5 Abs 1 Satz 2 GG unvereinbar."

13.3.2 Das Informations-Interesse der Justiz: "vor, nach und in Pausen der Verhandlung"

363. Die Presse hat Recht auf Informationen zu Gerichtsverfahren. BVerfG 1 BvR 620/07 - Bs. v. 19.12.2007 (NJW 2008, 977), **Rn. 28**: "... Ein gegen den Staat gerichtetes Recht auf Zugang besteht aber in Fällen, in denen eine im staatlichen Verantwortungsbereich liegende Informationsquelle aufgrund rechtlicher Vorgaben zur öffentlichen Zugänglichkeit bestimmt ist, … ."

364. Videos intensivieren die öffentliche Wahrnehmung, die im Interesse der Justiz liegt. BVerfG 1 BvR 620/07 - Bs. v. 19.12.2007 (NJW 2008, 977), **Rn. 31**: "... Die Befriedigung des ***Informationsinteresses der Öffentlichkeit*** an gerichtlichen Verfahren dient nicht nur allgemein der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung, sondern es ***liegt ebenfalls in dem Interesse der Justiz***, mit ihren Verfahren und Entscheidungen öffentlich wahrgenommen zu werden, und zwar auch im Hinblick auf die Durchführung mündlicher Verhandlungen. Zur Art und Intensität öffentlicher Wahrnehmung trägt die Veröffentlichung ***audiovisueller Darstellungen*** bei. Die mündliche Verhandlung selbst ist nach § 169 Satz 2 GVG in verfassungsgemäßer Weise den Ton- und Bildaufnahmen verschlossen (vgl. BVerfGE 103, 44 <66 ff.>); insoweit erfolgt die öffentliche Kontrolle von Gerichtsverhandlungen durch die Saalöffentlichkeit und die Berichterstattung darüber."

365. Vor und nach der Gerichtsverhandlung sowie in den Pausen darf gefilmt werden. BVerfG 1 BvR 620/07 - Bs. v. 19.12.2007 (NJW 2008, 977), **Rn. 33**: "Das Gerichtsverfassungsrecht schließt die Berichterstattung durch Rundfunk[aufnahmen] ... zwar zur Sitzung, aber nicht zur Verhandlung im Sinne des Gerichtsverfassungsrechts gehörenden Zeitraum ***vor*** Beginn und ***nach*** Schluss einer mündlichen Verhandlung ***sowie in den Verhandlungspausen*** nicht aus ... ."

366. XX. BVerfG 1 BvR 620/07 - Bs. v. 19.12.2007 (NJW 2008, 977), **Rn. 36**: "Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit ist regelmäßig ... auch auf die Personen, die als Mitglieder des Spruchkörpers oder als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft an der Rechtsfindung im Namen des Volkes mitwirken. ... ferner auch der als Organ der Rechtspflege zur Mitwirkung an der Verhandlung berufene Rechtsanwalt oder ein sonstiger am Verfahren Beteiligter sein, etwa ein Zeuge."

367. Der journalistische Laie trägt als Träger der Meinungsfreiheit Presserechte. BVerfG, 09.03.2010 - 1 BvR 1891/05 (NJW-RR 2010, 1195), **Rn. 29**: "... Selbstbestimmungsrecht der Presse oder auch des ***journalistischen Laien*** als Trägers der Meinungsfreiheit umfasst ist, den Gegenstand

der Berichterstattung frei zu wählen, und es daher nicht Aufgabe der Gerichte sein kann zu entscheiden, ob ein bestimmtes Thema überhaupt berichtenswert ist oder nicht …"

368. Aus Anwaltsschreiben darf zitiert werden **1 BvR 2477/08, Beschluss vom 18.02.2010** (NJW 2010, 1587), **Rn. 21, bb):** "... Die Verurteilung zur Unterlassung wörtlicher Zitate aus anwaltlichen Schreiben des Klägers verletzt den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit."

369. Die Presse hat für ihr eigene Entscheidung Anspruch auf Namen der Funktionsträger. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **vor Abs. 1**: "Es wird festgestellt, dass der Direktor des Amtsgerichts Nürtingen verpflichtet gewesen ist, dem Kläger auch Auskunft über die ***Namen des Verteidigers und des Staatsanwalts***, die am Strafverfahren des Amtsgerichts Nürtingen – 20 Ls 56 Js 18187/09 jug – mitgewirkt haben, durch Überlassung einer hinsichtlich dieser Personen nicht anonymisierten Abschrift des Strafurteils vom 2. Juli 2009 zu erteilen. …"

370. Presse darf sich über Vorgänge in öffentlichen Gerichtsverhandlungen informieren. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 24**: "Der Schutz der Pressefreiheit reicht von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung. Der publizistischen Vorbereitungstätigkeit ist besonderes Gewicht beizulegen. Erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information versetzt die Presse in den Stand, die ihr in der freiheitlichen Demokratie zukommende Funktion wirksam wahrzunehmen. Das gilt auch im Hinblick auf das gerichtliche Verfahren. ***Die Pressefreiheit umschließt auch das Recht der im Pressewesen tätigen Personen, sich über Vorgänge in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung zu informieren*** (BVerfG, Beschluss vom 14. Juli 1994 – 1 BvR 1595, 1606/92 – BverfGE 91, 125 [134]). Auch die Recherche über Gerichtsverfahren, in denen keine öffentliche Verhandlung stattfindet, ist von der Pressefreiheit umfasst."

371. Gerichtspresse ist Kontrolle. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 27**: "Die Informations- und Kontrollfunktion der Presse in Bezug auf Gerichtsverfahren erstreckt sich auch auf Personen, die in amtlicher Funktion oder als Organ der Rechtspflege an einem Gerichtsverfahren mitwirken. Sie erschöpft sich nicht in der Berichterstattung zu sachlichen Verfahrensinhalten. ..."

372. Die Kontrollfunktion der Presse ist auch in Abwesenheit und bei nichtöffentlichen Verfahren gegeben. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 28**: "... Die Informations- und Kontrollfunktion der Presse greift gleichermaßen bei Verhandlungen, denen ein Pressevertreter beigewohnt hat, wie bei Verhandlungen, denen ein Pressevertreter nicht beigewohnt hat. Sie greift auch in Bezug auf Verfahren, in denen keine öffentliche Verhandlung stattfindet. ..."

373. Gerichtspresse hat eine gemeinschaftswichtige Bedeutung. KG, 25.05.2009 - 9 W 91/09 (dejure 2009,22852), **Rn. 5+6**: "a. Die namentliche Nennung des Antragstellers verletzt dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht. **[6]** aa. ***Angesichts der gemeinschaftswichtigen Bedeutung der Gerichtsberichterstattung darf über alle Gerichtsverfahren berichtet werden, wobei einerseits die Einschränkungen des §169 S. 2 GVG zu beachten sind und andererseits zu berücksichtigen ist, dass der Meinungs-Pressefreiheit durch die Persönlichkeitsrechte der am Verfahren beteiligten Personen Grenzen gesetzt sein können.*** Das Recht, über das Verfahren als solches zu berichten, schließt das Recht, den Angeklagten, die Parteien eines Zivilprozesses, Zeugen und sonstige Verfahrensbeteiligte namentlich zu nennen oder auf sonstige Weise identifizierbar zu machen, nicht notwendig ein. Ob die Erwähnung mit vollem Namen oder die Mitteilung sonstiger, die Identifizierung ermöglichender Merkmale gerechtfertigt ist, bedarf in jedem Einzelfall gesonderter Überprüfung. Bei der Prüfung ist darauf abzustellen, ob für solche Mitteilungen ein die verletzten Interessen überwiegendes Informationsbedürfnis anzuerkennen ist (Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Auflage 2003, Kap. 10 Rz 189 f.)."

374. Bei 'erheblicher Belästigungsgefahr' [die aber bei einer bloßen Kontrolle i.S.d. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) Abs. 27+28 noch nicht gegeben sein kann, sondern eher konkret sein muss] **steht den mitwirkenden Funktonsträgern Persönlichkeitsschutz zu.**

KG, 25.05.2009 - 9 W 91/09 (dejure 2009,22852), **Rn. 7**: "Die mit der namentlichen Nennung oder mit der Veröffentlichung von Bildnissen eines am Verfahren beteiligten Rechtsanwalts liegende Einschränkung seines Persönlichkeitsrechts hat regelmäßig nur geringes Gewicht: Organe der Rechtspflege stehen kraft der ihnen obliegenden Aufgaben anlässlich ihrer Teilnahme an einer öffentlichen Gerichtsverhandlung im Blickfeld der (Medien-)Öffentlichkeit. Das gilt nicht nur für die Mitglieder des Spruchkörpers, in deren Person ein Interesse, allein von den in der Sitzung Anwesenden wahrgenommen zu werden, angesichts der Bedeutung des Grundsatzes der Öffentlichkeit für ein rechtsstaatliches Verfahren regelmäßig nicht anzuerkennen ist, sondern auch für die mitwirkenden Rechtsanwälte. Personen, die im Gerichtsverfahren infolge ihres öffentlichen Amtes oder als Organ der Rechtspflege im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen, haben nicht in gleichem Maße einen Anspruch auf Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte wie eine von dem Verfahren betroffene Privatperson, ***jedoch steht auch den als Richtern, Staatsanwälten, Rechtsanwälten oder Justizbediensteten am Verfahren Mitwirkenden ein Anspruch auf Schutz zu, wenn etwa die Veröffentlichung von Abbildungen eine erhebliche Belästigung oder eine Gefährdung der Sicherheit durch Übergriffe Dritter bewirken kann*** (BVerfG, einstweilige Anordnung vom 3.04.2009 - Gz 1 BvR 654/09 - abrufbar über Juris"). ..."

375. Der Öffentlichkeitsgrundsatz von Gerichtsverhandlungen hat Verfassungsrang. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 31**: "Der einfachgesetzlich in § 169 Satz 1 GVG normierte Grundsatz der Öffentlichkeit gerichtlicher Verhandlungen besitzt als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang ..."

376. Alle unabhängig handelnden Funktionsträger sollen für die Art und Weise Ihrer Mitwirkung öffentlich einstehen. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 33**: "Die Möglichkeit des (presse-) öffentlichen Bekanntwerdens der namentlichen Identität von Personen, die in amtlicher Funktion oder als Organ der Rechtspflege in Gerichtsverhandlungen mitwirken, wird von der Verfassung nicht lediglich als tatsächliche Konsequenz des Öffentlichkeitsgrundsatzes bloß hingenommen, sondern sie entspricht der normativen Stoßrichtung dieses Grundsatzes. Das Bedürfnis, die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt gegenüber der Öffentlichkeit transparent zu machen, erstreckt sich auch auf die Identität der hieran mitwirkenden nichtrichterlichen, aber in weitem Umfang unabhängig handelnden Funktionsträger. Die Öffentlichkeit der Verhandlung soll unter anderem auch die Möglichkeit eröffnen, personelle Zurechnungszusammenhänge deutlich zu machen und so persönliche Verantwortlichkeiten zu markieren. ***Die mitwirkenden Funktionsträger sollen für die Art und Weise der Mitwirkung öffentlich einstehen***."

377. Das Transparenzbedürfnis an den Vorgängen in der Justiz besteht unabhängig davon, ob die Verfahren öffentlich sind. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 34**: "... Das rechtsstaatliche Bedürfnis, persönliche Verantwortlichkeiten für Akte der dritten Gewalt transparent zu machen, besteht im einen wie im anderen Fall gleichermaßen. Es kommt konsequenterweise auch nicht darauf an, ob im Einzelfall überhaupt eine Verhandlung bzw. eine öffentliche Verhandlung stattfindet. Die dem verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatz innewohnende Wertung, amtliche Funktionsträger in gerichtlichen Verfahren hätten ebenso wie mitwirkende nichtamtliche Organe der Rechtspflege für ihre Mitwirkung öffentlich einzustehen, gilt unabhängig davon, welche Regelungen die Prozessordnungen über die Möglichkeit von Entscheidungen im schriftlichen Verfahren oder über den Ausschluss der Öffentlichkeit treffen. …"

378. Das Interesse von Richtern, Verteidigern und Staatsanwälten, nur von den in der Sitzung anwesenden Personen wahrgenommen zu werden ist regelmäßig nicht berechtigt. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 35**: "… Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht anlässlich von Streitfällen entschieden, in denen die Zulässigkeit der Erstellung und Verbreitung von Bild- und Tonaufnahmen vor und nach gerichtlichen Verhandlungen oder in Sitzungspausen in Frage stand. ***Es hat hierbei ausgesprochen, dass Richter, Verteidiger und Staatsanwälte kraft des ihnen übertragenen Amtes bzw. ihrer Stellung als Organ der Rechtspflege anlässlich ihrer Teilnahme an Gerichtsverhandlungen im Blickfeld der Öffentlichkeit stehen und ein be-***

rechtigtes Interesse dieser Personen, nur durch die in der Sitzung Anwesenden wahrgenommen zu werden, angesichts der Bedeutung des Grundsatzes der Öffentlichkeit für ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren regelmäßig nicht anzunehmen ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 21. Juli 2000 – 1 BvQ 17/00 – DVBl 2000, 1778 [1779] und vom 7. Juni 2007 – 1 BvR 1438/07 – NJW-RR 2007, 1416; Beschluss vom 19. Dezember 2007 – 1 BvR 620/07 – BVerfGE 119, 309 [323 f.]; Kammerbeschluss vom 30. März 2012 – 1 BvR 711/12 – NJW 2012, 2178 [2179])."

379. Die Presse forscht, handelt und entscheidet selbst und frei und darf nach diesem sogar Verschwörungstheorien verfolgen. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 41**: "Mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Presse wäre es nicht vereinbar, wenn die Durchsetzung ihres Informationsinteresses von einer staatlichen Inhaltsbewertung des Informationsanliegens abhinge. ***Die Presse muss nach publizistischen Kriterien selbst entscheiden dürfen, was sie des öffentlichen Interesses für Wert hält und was nicht*** ... Es liegt im Wesen der journalistischen Recherche, dass sie teilweise von ***unbewiesenen Hypothesen*** ausgeht und sich so ihr Zweck auch in der Falsifizierung bzw. darin erfüllen kann, dass von einer Publikation Abstand genommen wird. Der Aussagegehalt einzelner Informationen ergibt sich unter Umständen erst aus der Verknüpfung mit anderen, möglicherweise später gewonnenen Informationen. Einzelne Informationen können, auch wenn sie selbst nicht publikationswürdig sind, Anhaltspunkte für die Gewinnung weiterer Informationen liefern oder zur Neubewertung bereits vorliegender Informationen führen. Aus alledem ergibt sich die Notwendigkeit journalistischer Freiräume im Rahmen von Informationsanfragen und hier insbesondere bei der Beurteilung der sachlichen Notwendigkeit angefragter Informationen. Der Komplexität und möglichen Zweckfülle von Rechercheprozessen werden staatliche Stellen grundsätzlich nicht gerecht, wenn sie das grundrechtliche Gewicht eines von der Presse geltend gemachten Auskunftsinteresses von einer journalistischen Relevanzprüfung abhängig machen. Sie würden hiermit auf einen Maßstab zugreifen, den Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht ihnen, sondern der Presse überantwortet."

380. Gerichtsentscheidungen sind öffentlich zu machen. BVerwG, 6 C 35.13 - Urteil v. 01.10.2014 (NJW 2015, 807) **Abs. 51 c**: "Der Senat hat in einem Urteil ... BVerwG 6 C 3.96... aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährleistungspflicht, dem Demokratiegebot sowie dem Grundsatz der Gewaltenteilung einen Verfassungsauftrag aller Gerichte hergeleitet, die Entscheidungen ihrer Spruchkörper der Öffentlichkeit zugänglich zu machen ... ."

13.4 Prozessbeobachtung

381. Zu Prozessbeobachtung, Justizkontrolle durch die Allgemeinheit, Ausschluss der Öffentlichkeit (absolute Revisionsgründe nach §§ 338 Nr. 6 StPO, 547 Nr. 5 ZPO, ...): BVerfG, 10.10.2001 - 2 BvR 1620/01 (NJW 2002, 814), **Rn. 6**: "Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung ***gebietet es nicht, dass jedermann weiß***, wann und wo ein erkennendes Gericht eine Hauptverhandlung abhält. Es genügt vielmehr, ***dass jedermann die Möglichkeit hat, sich ohne besondere Schwierigkeiten davon Kenntnis zu verschaffen***, und dass der Zutritt im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten eröffnet ist (vgl. Kuckein in: Karlsruher Kommentar, 4. Auflage, § 338 Rn. 86 m.w.N.). … Denn ***Sinn und Zweck*** der Prozessmaxime (vgl. BVerfGE 15, 303 <307>) ist in erster Linie die ***Kontrolle des Verfahrensgangs durch die Allgemeinheit*** (vgl. Schoreit/Diemer in: Karlsruher Kommentar, StPO, 4. Auflage, § 169 GVG Rn. 2 m.w.N.). ..."

382. Stilles Mitschreiben ist dem Prozessbeobachter erlaubt. BGH, 13.05.1982 - 3 StR 142/82 (NStZ 1982, 389), **Rn. 7**: "Zwar hat die Zuhörerin einer Anordnung des Vorsitzenden keine Folge geleistet. Die Anordnung war aber bei der gegebenen Sachlage nicht zulässig, weil sie nicht der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung diente. ***Indem die Zuhörerin - anscheinend geräuschlos - "intensiv mitschrieb", störte sie die Verhandlung nicht. Der bloße Umstand, daß sich ein Zuhörer handschriftliche Aufzeichnungen über Vorgänge der Hauptverhandlung macht - sei es als Gehilfe des Verteidigers (vgl. BGHSt 18, 179), als Reporter (vgl. BVerfGE 50, 234, 242: selbst bei diffamierender Berichterstattung), als Referendar, Student oder Schüler, als Prozeßbeobachter für den Arbeitgeber des Angeklagten (vgl. Strassburg, MDR 1977, 712) oder für den Geschädigten,***

sei es, um aus privaten Gründen eine Gedächtnisstütze zu haben - rechtfertigt grundsätzlich nicht, ihm das weitere Mitschreiben zu untersagen oder ihn gar des Saales zu verweisen. Das gilt auch, wenn das ständige Schreiben den Richter "nervös macht" (vgl. BGH bei Herlan GA 1963, 102). Das Mitschreiben durch einen Unbeteiligten ist allerdings anders zu beurteilen, wenn etwa die durch konkrete Tatsachen begründete Gefahr besteht, daß Aussagen oder sonstige Verhandlungsvorgänge wartenden Zeugen unzulässigerweise mitgeteilt werden sollen (vgl. BGH bei Dallinger MDR 1973, 730; BGH, Urteil vom 17. Oktober 1973 - 3 StR 248/71; RiStBV Nr. 128 Abs. 2) oder wenn sich ein Tatbeteiligter, gegen den noch gesondert ermittelt wird, unterrichten will (vgl. BGHSt 3, 386). Auf solche Besonderheiten hat sich das Gericht nicht berufen; sie sind auch nicht erkennbar."

383. Ob Aufnahmegeräte in ein Gericht mitgeführt werden dürfen, ist eine Frage des Hausrechts und ggf. im Verwaltungsrechtsweg zu überprüfen. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 2**: "… Die Entscheidung über die streitgegenständliche Maßnahme, dem Antragsteller die ***Mitnahme von Aufnahmegeräten in das Gebäude des Landgerichts Bielefeld*** zu gestatten, hilfsweise ihn vom allgemeinen Verbot des Mitführens von Fotoapparaten auszunehmen, ***beruht*** wie eine Untersagung von Filmaufnahmen im Gerichtsgebäude - vgl. insoweit OLG Bremen, Beschluss vom 13. April 2016 - 1 WS 44/16 -, StV 2016, 549 (juris Rn. 25) - ***auf der Ausübung des Hausrechts*** (§ 31 a Abs. 1 Satz 2 JustG NRW).… Vielmehr unterscheiden sich auf das Hausrecht gestützte Entscheidungen des Leiters einer Justizbehörde hinsichtlich der für die Entscheidung über den Rechtsweg maßgeblichen Gesichtspunkte nicht grundlegend von entsprechenden Maßnahmen der Leiter anderer Behörden, so dass auch das Interesse an der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es gebietet, Fälle der vorliegenden Art ***im Verwaltungsrechtsweg zu klären***. - Vgl. BGH, Beschluss vom 27. Juli 2017 - 2 ARs 188/15 -, StV 2018, 208, Rn. 21 f."

384. Bloße tel. Absichtserklärungen entfalten keine Rechtsfolgen, denn sie bieten nicht den erforderlichen Grad an Gewissheit. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 5**: "Der Umstand, dass die zuständige Richterin im Verfahren 1 0 245/19 am 15. August 2023 in einem in der Verfahrensakte niedergelegten Vermerk ausgeführt hat, dass sie ***auf telefonische Anfrage des Pressedezernenten mitgeteilt habe, dass sie das Fertigen von Foto- und Filmaufnahmen im Sitzungssaal nicht gestatten, sondern auf der Grundlage des § 176 Abs. 1 GVG unterbinden werde, lässt das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers nicht entfallen.*** ... **[6]** Eine ***Entscheidung*** über die Zulässigkeit entsprechender Aufnahmen hat die zuständige Richterin bisher nicht getroffen. Die ***bloße Absichtsbekundung***, entsprechende Aufnahmen zu untersagen, lässt das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers nicht entfallen. Aufgrund dieser Absichtsbekundung steht nicht mit dem ***erforderlichen Grad an Gewissheit*** fest, dass entsprechende Aufnahmen tatsächlich vollständig untersagt werden. Zudem ließe eine Ablehnung des Hauptantrags mangels Rechtsschutzinteresse die Erforderlichkeit einer Entscheidung der zuständigen Richterin über die Untersagung entsprechender Aufnahmen entfallen; dürfen keine Aufnahmegeräte mitgeführt werden, können schon aus diesem Grund keine Aufnahmen gemacht werden."

385. Über eine Ankündigung, im Sitzungssaal Aufnahmen anfertigen zu wollen, muss durch den zuständigen Richter entschieden werden. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 7**: "Schließlich entfällt das Rechtsschutzinteresse entgegen der Auffassung des Antragsgegners auch nicht deshalb, ***weil er keinen Antrag auf Gestattung der Anfertigung von Aufnahmen im Sitzungssaal gestellt habe***. Unabhängig davon, ob das Fehlen eines solchen Antrags das Rechtsschutzinteresse entfallen lässt, hat der Antragsteller in seinem an das Landgericht Bielefeld gerichteten Schreiben vom 23. November 2022 ***angekündigt***, anlässlich der mündlichen Verhandlung im Verfahren 1 O 245/19 ***entsprechende Aufnahmen fertigen zu wollen***. ***Es hätte*** der Gerichtsverwaltung oblegen, dieses Schreiben an die für dieses Verfahren zuständige Richterin weiterzuleiten bzw. - sollte dies erfolgt sein - ***der zuständigen Richterin oblegen, hierüber zu entscheiden.***"

386. Presserechte von neuen Medien, wie Blogs und Videoplattformen, wie z. B. YouTube folgen unmittelbar aus der grundgesetzlich garantierten Pressefreiheit. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 10, 12+13**: "2. Ein Anordnungsanspruch liegt vor. ***Dieser Anspruch er-***

gibt sich mangels einer einschlägigen gesetzlichen Regelung unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG (Pressefreiheit). … **[12]** aa. ***Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG war von Anfang an auf eine umfassende Erfassung jeglicher Medien angelegt***. Seine Beschränkung auf Presse, Rundfunk und Film ist allein historisch bedingt, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst alle zum Zeitpunkt der Erarbeitung des Grundgesetzes bekannten Medien. - Vgl. Grabenwarter, in: Dürigl u.a., Grundgesetz, Art. 5 Rn. 262 ff. (Stand: Januar 2018); Kühling, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, Art. 5 GG Rn. 88 (Stand: Februar 2023). - **[13]** Dementsprechend müssen alle seitdem hinzugekommenen, insbesondere digitale Massenkommunikationsmittel in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einbezogen werden. Da die Rundfunkfreiheit angesichts der vom Bundesverfassungsgericht identifizierten Besonderheiten einen Sonderstatus innehat - vgl. Cornils, in: Löffler, Presserecht, 6. Auflage 2015, § 1 LPG Rn. 200; KÜhling, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, Art. 5 GG Rn. 88 (Stand: Februar 2023) - und diese wie die Filmfreiheit spezifisch auf die Verbreitung einer Kombination von Ton und bewegten Bildern ausgerichtet ist, ***ist allen neuen Medien - die sich wie die Tätigkeit des Antragstellers - nicht als Rundfunk oder Film darstellen, zumindest auf der Rechtsfolgenseite ein Schutz wie der Presse zu gewähren. Dies gilt*** nicht nur für die digitale Transformation klassischer Zeitungsangebote im Internet ("OnlineZeitung"), sondern ***auch für sonstige Informationsangebote im Internet, wie z.B. Blogs oder Videoplattformen wie z.B. YouTube***. - Vgl. mit im Einzelnen unterschiedlichen Konturierungen Cornils, in: Löffler, Presserecht, 6. Auflage 2015, § 1 LPG Rn. 188 ff.; Grabenwarter, in: Dürig u.a., Grundgesetz, Art. 5 Rn. 245 und 250 ff. (Stand: Januar 2018); KÜhling, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, Art. 5 GG Rn. 88 (Stand: Februar 2023)."

387. Für die Behauptung, Presse zu sein und mit allen sich dazu betätigenden Personen, gleich ob hauptberuflich, nebenberuflich oder ehrenamtlich in den persönlichen Schutzbereich der Pressefreiheit zu gelangen genügt die Glaubhaftmachung. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 10, 15+16**: "2. Ein Anordnungsanspruch liegt vor. Dieser Anspruch ergibt sich mangels einer einschlägigen gesetzlichen Regelung unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG (Pressefreiheit). ***Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, Pressevertreter zu sein, der Antragsgegner hat diese Glaubhaftmachung nicht erschüttert (a .)***. … **[15]** bb. ***Der persönliche Schutzbereich der so verstandenen Pressefreiheit erfasst alle Personen, die Informationen beschaffen, sie aufbereiten und*** sodann unter Nutzung medialer Verbreitungswege ***einem unbestimmten Personenkreis zugänglich machen***. - Vgl. Grabenwarter, in: Dürig U.CI., Grundgesetz, Art. 5 Rn. 220 (Stand: Januar 2018). - **[16]** ***Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Personen hauptberuflich, nebenberuflich oder ehrenamtlich tätig sind***. - Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 1996 - 1 BvR 1183/90 -, BVerfGE 95, 28 juris Rn. 25); Grabenwarter, in: Dürig u.a., Grundgesetz, Art. 5 Rn. 220 (Stand: Januar 2018)."

388. Für eine glaubhafte und in der Gestaltung freie Pressetätigkeit bedarf es weder einer Mindestqualifikation, noch eines Mindestniveaus, noch einer hohen eigenen Wertschöpfung, noch einer großen Reichweite, noch eines Presseausweises, noch eines besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit, sondern nur eines 'gewissen Mindestmaßes an Strukturierung der Informationsweitergabe'. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 17,18, 24+25**: "***Eine besondere Qualifikation ist ebenso wenig zu fordern*** - vgl. Bethge, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 5 Rn. 75a - ***wie ein journalistisches Mindestniveau***. - Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 - 1 BvR 1602/07 u.a. -, BVerfGE 120, 180, Rn. 42; Cornils, in: Löffler, Presserecht, 6. Auflage 2015, § 1 LPG Rn. 205, 210, und 212. - ***Erforderlich ist allerdings eine gewisse Strukturierung der Informationsweitergabe***, so dass z.B. bloße Äußerungen in einem Chat-Room nicht unter die Presse-, sondern unter die Meinungsfreiheit fallen. - Vgl. Kühling, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, Art. 5 GG Rn. 88 (Stand: Februar 2023). - **[18]** cc. Danach hat der Antragsteller glaubhaft gemacht, als Pressevertreter tätig zu sein. Er betreibt seinen Angaben zufolge, die sich durch Recherchen im Internet bestätigt haben, einen YouTube-Kanal (@joachimbaum5983) und zumindest einen Blog (https://leak6.wordpress.com/impressum/). Für diese Plattformen beschafft der Antragsteller Informationen, bereitet sie auf und macht sie auf diesen Plattfor-

men als medialem Verbreitungsweg einem unbestimmten Personenkreis zugänglich. Soweit dies in der Kürze der für die Entscheidung des Gerichts zur Verfügung stehenden Zeit geprüft werden konnte, leistet der Antragsteller auch ein gewisses Mindestmaß an Strukturierung der Informationsweitergabe. ***Dass der Antragsteller*** neben einigen eigenen Beiträgen ***vielfach "nur" Beiträge Dritter verlinkt*** - hierzu Cornils, in: Löffler, Presserecht, 6. Auflage 2015, § 1 LPG Rn . 205 - und ***zumindest mit seinem YouTube-Kanal*** angesichts der Anzahl der dort dokumentierten Abonnenten und Aufrufe ***wohl nur über eine beschränkte Reichweite verfügt, steht seiner Glaubhaftmachung, er sei Pressevertreter, nicht entgegen***. Insoweit kommt es nur auf die potentielle Reichweite seiner Angebote an - vgl. Cornils, in: Löffler, Presserecht, 6. Auflage 2015, § 1 LPG Rn . 209-, die bei internetbasierten Angeboten unbegrenzt ist. ***Ob Vertreter der Presse über einen Presseausweis verfügen, ist für ihre! Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unbeachtlich.*** **[24]** d. Die weiteren vom Antragsgegner vorgebrachten Argumente stehen dem Erlass der einstweiligen Anordnung ebenfalls nicht entgegen. ***Ob für den vom Antragsteller geplanten Beitrag ein besonderes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht, ist rechtlich unerheblich***. - Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. März 2010 - 1 BvR 1891/05 -, NJW-RR 2010, 1195, Rn. 29. - **[25]** Die diesbezügliche Forderung des Antragsgegners verstößt gegen die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Presse. Danach bestimmt die Presse - wie bereits vorstehend unter c. dargelegt - selbst, worüber sie wie berichtet. ***Die weiteren Hinweise des Antragsgegners, der Antragsteller könne außerhalb des Justizgebäudes filmen und schriftlich über den Prozessverlauf berichten, steht mit der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit der Presse ebenfalls nicht in Einklang.***"

389. Pressevertretern ist die Mitnahme der für ihre Berichterstattung erforderlichen Geräte in ein Gerichtsgebäude zu gestatten und die ungehinderte Recherche zu ermöglichen. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 19**: "b. ***Angehörigen der Presse ist die Mitnahme der für ihre Berichterstattung erforderlichen Geräte in ein Gerichtsgebäude zu gestatten***. Der sachliche Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst alle im Zusammenhang mit der Presse stehenden Tätigkeiten von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und Meinung. ***Geschützt sind die ungehinderte Recherche und sonstige Informationsbeschaffung*** unter Nutzung pressespezifischer Methoden. - Vgl. BVerfG, Urteil vom 24. Januar 2001 - 1 BvR 2623/95 u.a. -, BVerfGE 103, 44 juris Rn. 54); Cornils, in: Löffler, Presserecht, 6. Auflage 2015, § 1 LPG Rn. 211. - Zu diesen Methoden gehört auch die Anfertigung von Fotos und Filmaufnahmen."

390. Presse darf auch ohne weiteres in eigener Sache berichten, denn sie entscheidet selbst, worüber sie berichtet. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 20-23**: "c. ***Die Absicht eines Vertreters der Presse , über ein ihn selbst betreffendes Gerichtsverfahren zu berichten, schließt eine Berufung auf die Pressefreiheit nicht aus. Die Presse entscheidet selbst, worüber sie berichtet***. Im Zentrum des durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährten Schutzes steht die Freiheit der Gründung von Presseunternehmen und die Gestaltung von Presseerzeugnissen. Die Gestaltungsfreiheit wird sowohl in inhaltlicher als auch in formaler Hinsicht gewährleistet. Zur inhaltlichen Gestaltungsfreiheit gehört die Bestimmung, welche Themen behandelt und welche Beiträge veröffentlicht werden sollen. Zur formalen Gestaltungsfreiheit gehört die Entscheidung über die äußere Darbietung der Beiträge sowie ihre Platzierung innerhalb einer Veröffentlichung. - Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 1998 - 1 BvR 1861/93 u.a. -, BVerfGE 97, 125 juris Rn. 107). - **[21]** Für das Gericht ist auch nicht erkennbar, dass ein Bericht über eine die Presse selbst betreffende Angelegenheit - wie der Antragsgegner meint - gegen den Pressekodex verstößt. Ziffer 6 des Pressekodex (Trennung von Tätigkeiten), auf die sich der Antragsgegner bezieht, lautet: "Journalisten und Verleger üben keine Tätigkeiten aus, die die Glaubwürdigkeit der Presse in Frage stellen könnten." - **[22]** Richtlinie 6.1 (Doppelfunktion), die Ziffer 6 des Pressekodex erläutert, lautet: "Übt ein Journalist oder Verleger neben seiner publizistischen Tätigkeit eine Funktion, beispielsweise in einer Regierung, einer Behörde oder in einem Wirtschaftsunternehmen aus, müssen alle Beteiligten auf strikte Trennung dieser Funktionen achten. Gleiches gilt im umgekehrten Fall." - **[23]** ***Ein "Verbot" der Berichterstattung in eigener Sache lässt sich dem*** ebenso wie den übrigen "Bestimmungen" des ***Pressekodex nicht entnehmen***. Im Übrigen führen jedenfalls vereinzelte Verstöße gegen den Presseko-

dex, der eine freiwillige Selbstverpflichtung darstellt, nicht zu einem Verlust des Schutzes aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG."

391. Maßnahmen der Sitzungspolizei unterfallen der ausschließlichen Zuständigkeit des Richters, der die Verhandlung leitet. Sicherungsmaßnahmen im Gerichtsgebäude unterfallen der Zuständigkeit des Präsidenten des Gerichts. Anordnungen zur Gewährleistung der Pressefreiheit stehen beiden Maßnahmen nicht entgegen. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 31**: "VII. Zur Klarstellung weist das Gericht darauf hin, dass die ergangene einstweilige Anordnung der Anordnung von Maßnahmen der Sitzungspolizei nicht entgegensteht. Auf diesen Bereich bezieht sich die ergangene einstweilige Anordnung schon deshalb nicht, weil derartige ***Maßnahmen gemäß § 176 Abs. 1 GVG in die ausschließliche Zuständigkeit des Richters fallen, der die mündliche Verhandlung leitet***. Maßnahmen des Präsidenten des Landgerichts Bielefeld zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung im Gerichtsgebäude, insbesondere einer Begleitung des Antragstellers innerhalb des Gerichtsgebäudes, steht die ergangene einstweilige Anordnung ebenfalls nicht entgegen."

392. Einstweilige Anordnungen, die zwangsläufig die Hauptsache vorweg nehmen, werden im Streitwert nicht gemindert. VG Minden, 16.08.2023 - 1 L 729/23 (afp 2023, 463), **Rn. 32+33**: "Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 VwGO. **[33]** Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG und berücksichtigt in Anlehnung an Ziffer 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (abgedruckt :z .B. bei Kopp/Schenke, VwGO, 25. Auflage 2019, Anhang zu § 164), dass der Antrag auf eine Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist."

393. Gegen das Versagen von Presserechten als sitzungspolizeiliche Anordnung nach § 176 GVG ist die Beschwerde statthaft, wenn sie eine dauerhafte grundrechtsverletzende Wirkung haben. OLG Stuttgart, 22.09.2016 - 2 Ws 140/16 (NStZ-RR 2016, 383), **Ls. 1 + Rn. 20+21**: "Die Beschwerde gegen eine sitzungspolizeiliche Maßnahme nach § 176 GVG ist statthaft, wenn dieser eine über die Dauer der Hauptverhandlung hinausgehende Wirkung zukommt und Grundrechte oder andere Rechtspositionen des von dieser Maßnahme Betroffenen dauerhaft tangiert und beeinträchtigt werden. **[20]** c) Der Senat schließt sich der neueren fachgerichtlichen Rechtsprechung und Kommentarliteratur an, wonach ***eine Beschwerde gegen eine sitzungspolizeiliche Verfügung gem. § 176 GVG statthaft ist unter der Voraussetzung, dass der sitzungspolizeilichen Anordnung eine über die Dauer der Hauptverhandlung oder sogar über die Rechtskraft des Urteils hinausgehende Wirkung zukommt und insbesondere Grundrechte oder andere Rechtspositionen des von einer sitzungspolizeilichen Maßnahme Betroffenen dauerhaft tangiert und beeinträchtigt werden*** (vgl. OLG Stuttgart a.a.O.) Auch das Bundesverfassungsgericht neigt nunmehr zu dieser Auffassung (BVerfG, NJW 2015, 2175-2176). **[21]** d) Eine Fallkonstellation, die der Beschwerdeführerin das Beschwerderecht einräumt, ist vorliegend auch gegeben. ***Der von der Beschwerdeführerin vorgetragene Eingriff in die Pressefreiheit, der über die Dauer der Hauptverhandlung hinaus fortbesteht, ist evident. Das durch die Anordnungen untersagte Fertigen von Ton- und Bildaufnahmen zum Zwecke der späteren Veröffentlichung ist von der Presse- und Rundfunkfreiheit umfasst und entfaltet über die Hauptverhandlung hinausgehende Wirkung auf die Berichterstattung.***"

394. Der Beschwerdeumfang erstreckt sich darauf, ob ein zulässiger Zweck verfolgt, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt und das Ermessen fehlerfrei ausgeübt wurde. OLG Stuttgart, 22.09.2016 - 2 Ws 140/16 (NStZ-RR 2016, 383), **Ls. 2**: "Im Beschwerdeverfahren kann die sitzungspolizeiliche Maßnahme nur darauf überprüft werden, ob sie einen zulässigen Zweck verfolgt, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht und ob das dem Vorsitzenden zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt wurde."

395. Sitzungspolizeiliche Maßnahmen haben potentiell Einfluss auf die Urteilsfindung. OLG Stuttgart, 22.09.2016 - 2 Ws 140/16 (NStZ-RR 2016, 383), **Rn. 19**: "Ein Verständnis von der grundsätzlichen Anfechtbarkeit sitzungspolizeilicher Verfügungen liegt erkennbar auch der Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zugrunde, ***wonach sitzungspolizeiliche Maßnahmen mit potentiel-***

lem Einfluss auf die Urteilsfindung als sachleitende Anordnungen des/der Vorsitzenden im Sinne des § 238 Abs. 2 StPO anzusehen sind, gegen die der Betroffene nach dieser Vorschrift das Gericht anrufen kann und ***dies auch muss, wenn er sich eine entsprechende Revisionsrüge erhalten will*** (vgl. BGH, NStZ 2008, 582, LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 238 Rn. 21)."

396. Der Prüfungsumfang des Beschwerdegerichtes ist zu sitzungspolizeilichen Maßnahmen auf Rechts- und Ermessensfehler eingeschränkt. OLG Stuttgart, 22.09.2016 - 2 Ws 140/16 (NStZ-RR 2016, 383), **Rn. 26**: "***Diese Ermessensausübung des/der Vorsitzenden kann im Beschwerdeverfahren nicht ersetzt werden***. Zwar widerspricht dies dem Grundsatz, dass das Beschwerdegericht zu einer eigenen Sachentscheidung befugt ist, die unter Umständen eine eigene Ermessensausübung einschließt (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 309 Rn 4 m.w.N.); auch die gesetzlichen Ausnahmefälle der §§ 305a Abs. 1 Satz 2, 453 Abs. 2 Satz 2 StPO liegen nicht vor. Die eingeschränkte Prüfungskompetenz des Beschwerdegerichts ergibt sich vorliegend jedoch aus dem Charakter der angefochtenen Maßnahme: ***Die Ausübung sitzungspolizeilicher Gewalt setzt Prognosen voraus, und zwar sowohl über die Intensität und die Bedeutung von Gefahren für die Ordnung in der Sitzung als auch über die Wirksamkeit etwaiger sitzungspolizeilicher Maßnahmen.*** Diese Prognosen hängen von vielerlei Umständen ab, von denen sich der/die Vorsitzende während des Zwischen- und des Hauptverfahrens einen persönlichen Eindruck verschaffen konnte bzw. kann. Auf die daraus resultierende größere Sachnähe der Vorsitzenden hat das Beschwerdegericht Rücksicht zu nehmen. Seine Prüfung beschränkt sich deshalb ausnahmsweise allein auf Rechts- und Ermessensfehler (OLG Stuttgart, NJW 2011, 2899ff)."

397. Der eine sitzungspolizeiliche Maßnahme erlassende Vorsitzende muss konkrete Gründe darlegen, die in sein Ermessen einflossen. OLG Stuttgart, 22.09.2016 - 2 Ws 140/16 (NStZ-RR 2016, 383), **Rn. 28**: "… Bei der Ermessensausübung sind deshalb einerseits die Pressefreiheit und andererseits der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beteiligten, namentlich der Angeklagten und der Zeugen, aber auch der Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG) sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere was die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung anbelangt, zu beachten (vgl. BVerfGE 103, 44, 119, 309). ***Der/die Vorsitzende muss dabei die tatsächlichen Umstände, die Beschränkungen der Pressefreiheit erforderlich machen, konkret darlegen, wenn diese nicht auf der Hand liegen und sich für einen verständigen Prozessbeteiligten von selbst verstehen.***"

398. Für die Entscheidung zu Aufnahmen im Gericht ist die Sicherheit der Betroffenen und auch eine etwaige Gefährdungslage der Kammermitglieder zu berücksichtigen. OLG Stuttgart, 22.09.2016 - 2 Ws 140/16 (NStZ-RR 2016, 383), **Rn. 35**: "Sie teilt nur die - durchaus schutzwürdigen - Interessen der Angehörigen des Spruchkörpers mit. Eine Abwägung erfolgt jedoch nicht. Bereits aus diesem Grunde ist die Ermessensausübung fehlerhaft. Die Ermessensausübung ist auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil das Persönlichkeitsrecht oder der Schutz von Gerichtsangehörigen uneingeschränkt Vorrang vor anderen Interessen hat. Vielmehr ist zu beachten, dass regelmäßig Abbildungen der Mitglieder des Gerichts, der Staatsanwaltschaft und der Verteidiger gestattet werden müssen und deren Persönlichkeitsschutz insoweit zurücktritt. Die Fertigung und Veröffentlichung solcher Bilder kann nur dann eingeschränkt werden, wenn die Veröffentlichung von Abbildungen eine Gefährdung der ***Sicherheit der Betroffenen*** durch Übergriffe Dritter bewirken kann. Eine Abwägung zwischen der ***Gefährdungslage der Kammermitglieder*** und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit hat vorliegend im Rahmen des umfassenden Verbots von Ablichtungen nicht stattgefunden, ebenso wenig eine Abwägung, inwiefern weniger einschränkende Maßnahmen wie etwa eine „Verpixelung“ zum Schutz einzelner Beteiligter genügen."

399. Das Versagen des Filmrechts im Gericht vor und nach der Verhandlung, sowie in den Pausen bedarf der Darlegung konkreter, auf die Sitzungsleitung bezogener Gründe. OLG Stuttgart, 22.09.2016 - 2 Ws 140/16 (NStZ-RR 2016, 383), **Rn. 37**: "cc) Soweit die Anordnung über das Fotografieren hinaus auch das - ebenfalls nach § 22, 23 KUG zu beurteilende - Fertigen von Ton- und Filmaufnahmen im Sitzungssaal außerhalb der Hauptverhandlung betrifft, also ***unmittelbar vor und***

nach deren Beginn sowie in Sitzungspausen, ***kann*** dieses nach den bereits ausgeführten Gesichtspunkten ***zwar grundsätzlich*** durch eine sitzungspolizeiliche Verfügung ***eingeschränkt werden***. Dies bedarf jedoch ***konkreter, auf die Gesichtspunkte der Sitzungsleitung bezogener Gründe***, welche in der einschränkenden Anordnung nicht umfassend dargelegt sind."

400. Das Verbot, Geräte zum Filmen in den Sitzungssaal mitzubringen setz eine rechtmäßige Anordnung voraus. OLG Stuttgart, 22.09.2016 - 2 Ws 140/16 (NStZ-RR 2016, 383), **Rn. 38**: "dd) Das angefochtene Verbot, Geräte in den Sitzungssaal mitzubringen, die für Aufzeichnungen oder Übertragungen genutzt werden können, ist ohne umfassend wirksame Untersagung solcher Handlungen nicht ermessensfehlerfrei. Zwar erlaubt allein der Umstand, dass man die Einhaltung von einschränkenden Maßnahmen nicht kontrollieren kann, das Verbot des Mitbringens von Gegenständen, die diese Maßnahmen unterlaufen könnten. Dies setzt jedoch eine - hier nicht gegebene - rechtmäßige Anordnung voraus. Gleiches gilt für die Anordnung von Kontrollmaßnahmen, so dass mangels zulässigem Ziel auch die Anordnungen unter Ziffer I. Nr. 1b und unter Ziffer II Nr. 8 Satz 2 der Verfügung der Vorsitzenden der Schwurgerichtskammer vom 4. August 2016 ermessensfehlerhaft sind."

13.5 Hausrecht im Gericht

401. Hausrecht im Gericht darf bis zur Klärung der Hauptsache im Verborgenen bleiben, wenn nicht dargelegt ist, warum auch eine einstweilige Anordnung erforderlich ist. VG Minden, 21.08.2023 1 L 745/23 (dejure 2023,21593), **Rn. 5**: "§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO bestimmt, dass das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen kann, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen, nötig erscheint. Dabei sind sowohl die tatsächlichen Voraussetzungen des zugrundeliegenden materiellen Anspruchs (Anordnungsanspruch) als auch die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) glaubhaft zu machen (§§ 123 Abs. 3 VwGO, 920 Abs. 2, 294 ZPO). An letzterem fehlt es. Aus welchen Gründen die Aushändigung der streitgegenständlichen Unterlagen so dringlich ist, dass die Vorwegnahme der Hauptsache gerechtfertigt ist,ist weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich."

402. Das bloße Reduzieren von Formalitäten berechtigt nicht zur Dauerakkreditierung bei Gericht. VG Karlsruhe, 19.12.2013 - 3 K 1329/13 (dejure 2013,45312), **Rn. 5**: "Mit Schreiben vom 27.12.2012 beantragte der Kläger seine „Dauerakkreditierung ... ***um die Formalitäten beim Besuch des Gerichts etwas zu reduzieren*** ...“. Mit Schreiben vom 07.01.2013 teilte ihm das Bundesverfassungsgericht mit, die Dauerakkreditierung sei den Vollmitgliedern der ... vorbehalten. Die Akkreditierungsbestimmungen des Bundesverfassungsgerichts sähen keine sonstigen Dauerakkreditierungen vor. ..."

403. Das Hausrecht wird beim Bundesverfassungsgericht vom Präsidenten aus Gewohnheit ausgeübt und Zugang nur Anlassbezogen gewährt. VG Karlsruhe, 19.12.2013 - 3 K 1329/13 (dejure 2013,45312), **Rn. 11**: "… ***Das Hausrecht werde auch ohne gesetzliche Grundlage kraft Gewohnheitsrechts vom Präsidenten ausgeübt***; die Erteilung von Dauerhausausweisen sei in ständiger Praxis auf den Direktor beim Bundesverfassungsgericht und die ihm nachgeordnete Verwaltung delegiert (§ 14 Abs. 1 BVerfGGO). Im Rahmen des Hausrechts bestehe die Befugnis, Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung im Gerichtsgebäude zu ergreifen. Diese Maßnahmen müssten verhältnismäßig sein. Die Ausübung des Hausrechts sei an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen; sie müsse willkürfrei erfolgen. Der Kläger habe keinen Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der bestehenden Vergabepraxis auf Erteilung eines Dauerhausausweises. Denn der Kläger sei kein Mitglied der ... Getragen werde die Ausübung des Hausrechts von dem vorrangigen Ziel, die Sicherheit der Institutionen, insbesondere der Richter und Bediensteten, bestmöglichst zu schützen. Die Gebäude des Bundesverfassungsgerichts seien im Grundsatz nur für den internen Gebrauch konzipiert. Daher müsse der Zutritt zu den Gerichtsgebäuden und zu ihren Einrichtungen (etwa zur Bibliothek) restriktiv gehandhabt werden, um die uneingeschränkte Funktionsfähigkeit des Gerichts zu gewähr-

leisten. ***Aus diesen Gründen werde das Hausrecht seit jeher so ausgeübt, dass der Öffentlichkeit kein genereller, sondern nur anlassbezogener Zugang gewährt werde***. Vor diesem Hintergrund sei die Durchführung von Einlasskontrollen als Regelfall und die Erteilung eines Dauerhausausweises als eng begrenzter Ausnahmefall anzusehen. Ein berechtigtes Interesse des Klägers an der Erteilung eines Dauerhausausweises sei nicht ersichtlich. Ihm sei in der Vergangenheit stets Zugang zum Gerichtsgebäude gewährt worden. Der Kläger habe nicht einmal geltend gemacht, er werde durch die Einlasskontrollen beeinträchtigt."

404. Das Bundesverfassungsgericht hat eine Dauerhausausweis-Richtlinie, die eine gerichtlich Überprüfbarkeit gewährleistet. VG Karlsruhe, 19.12.2013 - 3 K 1329/13 (dejure 2013,45312), **Rn. 29**: "Der geltend gemachte Anspruch folgt weiterhin auch nicht aus der ***Dauerhausausweis-Richtlinie*** und der diese umsetzenden Praxis des Bundesverfassungsgerichts in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG. ***Die genannte Richtlinie*** in Verbindung mit der sie umsetzenden Praxis ***kann*** über Art. 3 Abs. 1 GG zwar eine ***Bindungswirkung derart entfalten, dass eine gerichtliche Überprüfung der Wahrung der aus der Richtlinie und der Praxis folgenden Vorgaben möglich wird*** (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl., § 40 Rn. 26 f. m.w.N.)."

405. Hausrecht wird nach Ermessen ausgeübt. Das Bundesverfassungsgericht unterliegt einem eigenen BVerfGG und somit wohl nicht dem Öffentlichkeitsprinzip aus § 169 (1) GVG. Daher ist auch die anlassbezogene Zugangsgewähr verhältnismäßig. Im Zentrum öffentlicher Auseinandersetzungen steht das BVerfG unter einer besonderen Gefährdungslage. VG Karlsruhe, 19.12.2013 - 3 K 1329/13 (dejure 2013,45312), **Rn. 31+32**: "Die Ausübung des Hausrechts liegt im ***Ermessen*** des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts. Sie ***muss der verfassungsrechtlichen Funktion des Bundesverfassungsgerichts Rechnung tragen*** (vgl. zum Bundestag VG Berlin, Beschl. v. 01.04.2004 - 27 A 81/04 -, juris). Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts ist daher befugt, zu Zwecken der Sicherheit der Institution und ihrer Betriebsabläufe, der Richter und der sonstigen Bediensteten (verhältnismäßige) Maßnahmen zur Beschränkung des Zugangs zu ergreifen (vgl. zum Hausrecht eines Gerichtspräsidenten BVerwG, Beschl. v. 27.05.2011 - 7 B 17;11 -, NJW 2011, 2530). Worin die Kontrollmaßnahmen im Einzelnen bestehen, ist seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen (vgl. ebenfalls zum Hausrecht eines Gerichtspräsidenten OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.03.2010 – OVG 3 N 33.10 -, NJW 2010, 1620). ***Die Ausübung des Hausrechts dient dabei nicht (auch) dazu, ein Zugangsbedürfnis der Öffentlichkeit und von Journalisten zu befriedigen***. Aus einem solchen ergeben sich damit keine Grenzen für die Ausübung des Hausrechts. Nur solange und soweit die Ausübung des Hausrechts der genannten Sicherungsfunktion hinreichend Rechnung trägt, kann daher überhaupt ein Zugang der Öffentlichkeit und von Journalisten in Betracht kommen. **[32]** ***Gemessen hieran bestehen keine Bedenken*** an der ständigen - der Ablehnungsentscheidung zugrundeliegenden - Ermessenspraxis des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, ***der Öffentlichkeit*** und Journalisten - und damit auch dem Kläger - ***grundsätzlich nur anlassbezogen*** und kontrolliert ***Zugang zu dem Gelände des Gerichts zu gewähren***. Diese restriktive Praxis trägt dem verfassungsrechtlich fundierten Anliegen nach Sicherheit der Institution und ihrer Betriebsabläufe sowie der Bediensteten Rechnung. ***Sie gewährleistet in hohem Maße, dass Besucher einen hinreichenden Grund für einen Besuch haben***, identifiziert und ggf. durchsucht werden und schließlich auch zahlenmäßig in bewältigbaren Grenzen gehalten werden. Das Gericht teilt die von der Beklagten geltend gemachte Befürchtung einer permanenten – zumindest abstrakten - Gefährdungslage bei jeder auch nur geringfügigen Aufweichung der skizzierten Zugangspraxis. Eine solche ***Gefährdungslage ergibt sich nachvollziehbar aus der Besonderheit, dass das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan und Gerichtshof des Bundes (§ 1 BVerfGG) in stärkerem Maße als andere Gerichte in den Fokus des öffentlichen Interesses und der öffentlichen Auseinandersetzung gerichtet ist***. ..."

406. Journalisten haben ein Recht auf Gleichbehandlung, müssen aber dennoch gering wiegende Ungleichbehandlungen hinnehmen. VG Karlsruhe, 19.12.2013 - 3 K 1329/13 (dejure 2013,45312), **Rn. 34+35**: "***Als Journalist***, der regelmäßig über das Bundesverfassungsgericht berichtet, ***kann der Kläger sich zwar grundsätzlich auf eine*** durch Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 5

Abs. 1 Satz 2 GG ***gewährleistete Gleichbehandlung berufen***. Eine Ungleichbehandlung des Klägers mit anderen Journalisten liegt darin, dass er - anders als die Vollmitglieder der ... - keinen Dauerhausausweis erhält und nicht in den Genuss der damit verbundenen Vorteile gelangt. **[35]** ***Diese Ungleichbehandlung ist aber schon für sich genommen von außerordentlich geringem Gewicht***, gerade auch mit Blick auf die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte journalistische Tätigkeit des Klägers."

14 Prozessrecht, Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit

14.1 Sinn und Zweck von Ablehnungsverfahren

407. Die dienstliche Äußerung dient der Tatsachenfeststellung. OLG-Köln 2 W 127/08, **Ls.**: "Die dienstliche Äußerung nach § 44 Abs. 3 ZPO dient der Tatsachenfeststellung. Entgegen Schneider (NJW 2008, 491 f.) ist es deshalb nicht Aufgabe des abgelehnten Richters, in seiner Erklärung das Vorbringen des Ablehnungsgesuchs 'zu würdigen'."

408. Die dienstliche Äußerung soll die Besorgnis der Befangenheit zerstreuen. OLG Hamm, 07.06.2013 - II-11 WF 86/13 (MDR 2013, 1425), **Rn. 31**: "Geht der Richter in seiner dienstlichen Äußerung nicht auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe ein, dann weigert er sich zugleich, den Sachvortrag des Ablehnenden zur Kenntnis zu nehmen und zu würdigen (so allgemein etwa Schneider, in: NJW 2008, 491; in diesem Sinne auch Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. § 44 Rdn. 4) – was gerade in einer Konstellation wie der vorliegenden, in der dem Richter die nicht erfolgte Auseinandersetzung mit den Einwendungen eines Beteiligten – hier des Antragsgegners – im Rahmen eines Ablehnungsantrags zum Vorwurf gemacht wird, nicht geeignet erscheint, ***die Besorgnis der Befangenheit zu zerstreuen***."

409. Ablehnungsverfahen dienen nicht der Fehlerkontrolle, sondern allein der Feststellung einer etwaigen Parteilichkeit, doch auch diese kann sich in der Gesamtschau des Verhaltens ergeben. OLG Hamm, 07.06.2013 - II-11 WF 86/13 (MDR 2013, 1425), **Rn. 11 + 12**: "… Die Befangenheitsablehnung stellt kein Instrument zur Fehler- und Verfahrenskontrolle dar. Denn im Ablehnungsverfahren geht es allein um die Parteilichkeit des Richters und nicht um die Richtigkeit seiner Handlungen und Entscheidungen, deren Überprüfung allein dem Rechtsmittelgericht vorbehalten ist. … Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist indessen dann geboten, wenn die Gestaltung des Verfahrens oder die Entscheidungen des Richters sich so weit von den anerkannten rechtlichen - insbesondere verfassungsrechtlichen - Grundsätzen entfernen, dass sie aus der Sicht der Partei nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheinen und dadurch den Eindruck einer willkürlichen oder doch jedenfalls sachfremden Einstellung des Richters erwecken (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 22. November 2012 – 10 W 67/12 – Magazindienst 2013, 107; Beschluss vom 08.06.2006 - 5 W 31/06 - NJW-RR 2006, 1577). Insofern kann ich ein Ablehnungsgrund auch aus einer Gesamtschau des Verhaltens des abgelehnten Richters aus der Perspektive des ablehnenden Beteiligten ergeben, insbesondere, wenn der Eindruck entstanden ist, das Gericht nehme wesentliche Einwendungen des Beteiligten nicht oder nicht ausreichend zur Kenntnis (vgl. etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24. Mai 2006 - 15 W 14/06 – OLGR 2007, 958; OLG Hamm, Beschluss vom 31. Mai 1977 – 1 W 6/77 – VersR 1978, 646; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 42 Rdn. 24)."

14.2 Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs

410. Für die Ablehnung am Landgericht gilt Anwaltszwang erst für die (meistens nötige) sofortige Beschwerde. OLG Naumburg, 20.12.2013 - 10 W 53/13 (Abl) (dejure 2013,49300), **Ls.**: "Die Befreiung vom Anwaltszwang für die Anbringung eines Ablehnungsgesuches nach § 44 Abs. 1 ZPO wirkt nur innerhalb des hierdurch eingeleiteten Ablehnungsverfahrens derselben Instanz, nicht aber gleichzeitig für die Rechtsmittelinstanz. Die sofortige Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Ablehnungsantrags in einem dem Anwaltszwang unterliegenden Verfahren kann nur durch einen Rechtsanwalt erhoben werden.(Rn.4)"

411. **Ein gleichzeitig statthaft eingelegtes Rechtsmittel rechtfertigt ausnahmsweise auch die Ablehnung nach Abschluss der Instanz: KG, 08.06.2006 - 15 W 31/06** (NJW-RR 2006, 1577), **Rn. 7**: "… Zwar geht der Senat mit der wohl herrschenden Meinung in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass mit dem vollständigen Abschluss der Instanz unter Mitwirkung des abgelehnten Richters das Rechtsschutzinteresse für ein Ablehnungsersuchen und damit auch für eine Beschwerde jedenfalls dann entfällt, wenn gegen die Entscheidung in der Hauptsache ebenfalls ein Rechtsmittel statthaft ist (Beschluss vom 25.04.2004 – 15 W 73/04, KGR Berlin 2004, 554; Beschluss vom 05.11.2004 – 15 W 105/04, MDR 2005, 890 jeweils mit weiteren Nachweisen). Allerdings gilt dies nur dann, wenn der abgelehnte Richter in der gleichen Instanz nicht noch einmal mit der gleichen Sache n werden kann. Dies ist vorliegend schon deshalb nicht der Fall, weil noch eine Entscheidung über die vom Kläger erhobene Anhörungsrüge nach § 321a ZPO zu treffen ist, für die der abgelehnte Richter ebenfalls zuständig wäre."

412. **Geltendmachen von Besorgnissen, ja sogar die explizite Ablehnung verbietet nicht das Weiterverhandeln.** BGH, 26.04.2016 - VIII ZB 47/15 (NJW-RR 2016, 887), **Ls.**: "Ein Verlust des Ablehnungsrechts tritt nicht dadurch ein, dass sich eine Partei nach Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit auf die weitere Verhandlung einlässt."

413. **Weiterverhandeln trotz Ablehnung legt lediglich nahe, mit der Person des Richters nicht einverstanden zu sein, verwirkt aber nicht das Ablehnungsrecht.** BGH, 26.04.2016 - VIII ZB 47/15 (NJW-RR 2016, 887), **Rn. 12+14**: "… § 43 ZPO stelle die unwiderlegliche Vermutung auf, dass die Partei, die sich trotz bekannten Ablehnungsgrundes auf die Verhandlung einlasse, mit der Person des Richters einverstanden sei. … **[14]** … Ein Verlust des Ablehnungsrechts tritt [jedoch] nicht ein, wenn sich die Partei nach Ablehnung des Richters auf die weitere Verhandlung einlässt. Dies entspricht sowohl dem Wortlaut als auch dem Zweck des § 43 ZPO und berücksichtigt insbesondere auch den Regelungsgehalt des im Rahmen des Ersten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198 - 1. Justizmodernisierungsgesetz) geschaffenen § 47 Abs. 2 ZPO."

414. **§ 43 ZPO soll geleistete prozessuale Arbeit vor heimlich gehaltenen Besorgnissen schützen. Der Normzweck ist die alsbaldige Bekanntgabe der Zweifel.** BGH, 26.04.2016 - VIII ZB 47/15 (NJW-RR 2016, 887), **Rn. 15+16**: "… Der Gesetzeswortlaut regelt ausdrücklich nur den Fall, in dem die Partei trotz Kenntnis des Ablehnungsgrundes - zunächst - darauf verzichtet, diesen geltend zu machen und sich auf die weitere Verhandlung einlässt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 7. Dezember 2005 - XII ZR 94/03, BGHZ 165, 223, 226; Beschlüsse vom 24. April 2013 - RiZ 4/12, juris Rn. 18; vom 5. Februar 2008 - VIII ZB 56/07, NJW-RR 2008, 800 Rn. 5). **[16]** Dies entspricht dem ***Zweck der Norm, eine Partei, die*** an der Unbefangenheit des Richters ***zweifelt, anzuhalten, dies alsbald kund zu tun***; dadurch soll ihr unter anderem die Möglichkeit genommen werden, einen Rechtsstreit willkürlich zu verzögern und bereits ***geleistete prozessuale Arbeit*** nutzlos zu machen (BGH, Beschlüsse vom 5. Februar 2008 - VIII ZB 56/07, aaO; vom 1. Juni 2006 - V ZB 193/05, NJW 2006, 2776, Rn. 13 mwN). … Dem Gericht ist es nach Anbringung eines Ablehnungsgesuches ohne weiteres möglich, den Termin zu beenden, um nicht Arbeit auf die Sache zu verwenden, die sich später als überflüssig herausstellen könnte, wenn das Gesuch Erfolg haben sollte. …"

415. **Durch inkorrektes gerichtliches Verhalten provozierte Anträge dürfen noch vor dem Ablehnungsgesuch gestellt werden.** OLG Köln, 29.01.1999 - 8 W 1/99 (NJW-RR 2000, 591), **Ls. 4**: "Eine durch inkorrektes Verhalten des Gerichts ausgelöste Antragstellung der ablehnenden Partei führt nicht gem. § 43 ZPO zum Ausschluss des Ablehnungsrechts."

14.3 Ablehnbar ist ...

416. **Ganze Kammern sind (u. U.) ablehnbar. OVG Niedersachsen, 09.05.2008 - 1 OB 87/08** (BauR 2008, 1441), **Rn. 9, 10 + 16**: "Die Beschwerde hat keinen Erfolg. **[10]** ***Sie ist allerdings zulässig***. … **[16]** … Das Vorbringen, ein Gutachten der Landwirtschaftskammer sei landwirtefreundlich und lasse deshalb die Unparteilichkeit vermissen, bedarf deshalb einer konkreten Untermauerung durch

nachprüfbare Tatsachen."

417. Rechtspfleger sind ablehnbar. BVerfG, 14.11.2007 - 2 BvR 1849/07 (NJW-RR 2008, 512), **Rn. 10, 12 +14**: "Gleichzeitig stellt der Beschwerdeführer den Antrag, den abgelehnten Rechtspfleger durch Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG bis zum Abschluss des Verfahrens über die erhobene Verfassungsbeschwerde von der Ausübung seines Amts im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beschwerdeführers auszuschließen. … **[12]** V. 1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. ... **[14]** 2. Die Verfassungsbeschwerde ist in einer die Kammerzuständigkeit eröffnenden Weise offensichtlich begründet."

418. Urkundsbeamte sind ablehnbar. BVerwG, 09.02.1983 - 1 WB 32.82 (dejure 1983,5089), **Rn. 2, 3 + 20**: "Auf Aufforderung des Vorsitzenden vom 16. November 1982 gab Amtsrat K. am gleichen Tag folgende Erklärung ab: '… Ich halte Herrn G. für einen lügenden, beleidigenden und verleumdenden Querulanten. Zur Definition des Querulanten verweise ich auf Eyermann/Fröhler, VwGO 7. Aufl. § 62 RdNr. 10 a und Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 39. Aufl. Einl. Anm. 6 B. … ***Aus den o.a. Gründen fühle ich mich in allen Verfahren des Herrn G. befangen*** … ' **[3]** Der Antragsteller nahm mit Schriftsatz vom 22. November 1982 zu der Erklärung vom 16. November 1982 wie folgt Stellung: ' … Da sich Herr K. selbst befangen fühlt, bitte ich nunmehr aus diesen Grunde meinem Gesuch stattzugeben. Ich muss ja jederzeit mit einer Tätigkeit des UdG in meinen Antragsverfahren rechnen. Die Äußerungen lassen m.E. erkennen, dass es Herrn K. schwer fallt, diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, insbesondere mir gegenüber, die sich aus seiner ***Stellung als Urkundsbeamter*** des höchsten Bundesgerichts (welches in i. u. letzter Instanz über Beschwer den v. Soldaten gerichtlich entscheidet) und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergibt. …' ... **[20]** b) Der Ablehnungsantrag ist mit dieser Maßgabe begründet."

14.4 Dienstlicher Äußerungen sind den Parteien zuzuleiten

419. Umstände von Ablehnungsverfahren sind keine innerdienstlichen Vorgänge. **BVerfG, 08.06.1993 - 1 BvR 878/90** (NJW 1993, 2229), **Ls. = Rn. 28; Rn. 29 u. Rn. 31**: "Zeigt ein Richter Umstände an, die seine Ablehnung rechtfertigen können, so darf das nicht als innerdienstlicher Vorgang behandelt werden. Art. 103 I GG gebietet, daß die Anzeige den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt wird und diese Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. … Die Frage, ob Befangenheitsgründe gegen die Mitwirkung eines Richters sprechen, berührt deshalb die prozessuale Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten. Schon aus diesem Grunde kann nicht von einem rein innerdienstlichen Vorgang gesprochen werden. ... Von wem die Frage der Befangenheit eines Richters in das Verfahren eingeführt wird, hat weder für die betroffene Rechtsposition der Verfahrensbeteiligten noch für die Voraussetzungen vollständiger Sachaufklärung Bedeutung."

420. Die dienstliche Stellungnahme hat ausschließlich schriftlich und zu Tatsachenfragen zu erfolgen und ist allen Parteien zuzustellen. **Pätzel in Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 44 Rn. 6+7**: "Die dienstliche Stellungnahme des abgelehnten Richters hat stets schriftlich zu erfolgen, um dem Ablehnenden im Ablehnungsverfahren nochmals rechtliches Gehör gewähren zu können. In seiner Stellungnahme hat sich der Richter ausschließlich zu den Tatsachen zu äußern. Dabei kann seine Stellungnahme entweder die vorgetragenen Tatsachen bestätigen (siehe auch die Beispiele bei Rn. 4), oder durch eine eigene – richtige – Darstellung widerlegen (vgl. Schneider, NJW 2008, 491). … **[7]** Die dienstliche Äußerung ist dem Ablehnenden stets zur Gewährung rechtlichen Gehörs zuzustellen unter angemessener Fristsetzung zur Äußerung. Dies gilt auch für die anderen Beteiligten, weil sie ebenfalls durch eine Entscheidung, die ja den gesetzlichen Richter berührt, betroffen sind."

14.5 Ignoranz macht befangen, auch die Verweigerung der Dienstliche Erklärung

421. Schon die Verweigerung von angeforderten ergänzenden Erklärungen macht befangen. OLG Frankfurt, 09.06.2017 - 4 WF 103/17 (AnwBl 2018, 110): "Unabhängig davon, ob die am 22.03.2017 formulierten Gründe zutreffen (der Senat kann ja den Wahrheitsgehalt der Angaben mangels inhaltlicher Angaben in der Dienstlichen Erklärung nicht erkennen), ist jedenfalls die Ablehnung der Ergänzung der Dienstlichen Erklärung geeignet, das eingangs genannte Misstrauen ei-

nes besonnen agierenden Beteiligten zu rechtfertigen."

422. **Die Ignoranz relevanter Einwendungen begründet Befangenheit.** OLG Hamm, 07.06.2013 - II-11 WF 86/13 (MDR 2013, 1425), **Rn. 15**: "Aus dem Teilbeschluss des Amtsgerichts vom 14.6.2012 (Bl.50 GA) – betreffend die Auskunftsstufe des von der Antragstellerin gestellten Stufenantrags - wird nicht ersichtlich, dass sich der Richter mit den wesentlichen und für den Rechtsstreit relevanten Einwendungen des Antragsgegners auch nur ansatzweise auseinandergesetzt hätte. So finden sich in der – lediglich 6 Zeilen langen - Begründung der Entscheidung in der Sache beispielsweise keinerlei Ausführungen zu …"

423. **Die dienstliche Äußerung dient der vollständigen Aufklärung des Sachverhalts. Sie ist entbehrlich, wenn sich dieser bereits aus dem Akteninhalt ergibt. Die notwendige, aber auch auf Nachfrage inhaltslose dienstliche Äußerung macht befangen.** VG München, 06.11.2012 - M 19 DB 12.3852 (dejure 2012,46425), **Rn. 12, 14 +15**: "***Die dienstliche Äußerung***, die der abgelehnte Richter nach § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 44 Abs. 3 ZPO abzugeben hat, ***dient*** innerhalb des Ablehnungsverfahrens ***der vollständigen Aufklärung des für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch erheblichen Sachverhalts*** (BVerwG, Beschl. v. 8.3.2006 - 3 B 182/05 - juris; BFH, Beschl. v. 23.7.1998 - VII B 92/98 - juris; BFH/NV 2007, 2139 ff; BFH, Beschl. v. 13.6.2012 - VB 36/12 - juris). Der abgelehnte Richter hat sich deshalb in seiner Stellungnahme zu den für das Ablehnungsgesuch entscheidungserheblichen Tatsachen im Einzelnen zu äußern. ***Sofern sich der für das Ablehnungsgesuch entscheidungserhebliche Sachverhalt aus dem Akteninhalt ergibt, ist eine dienstliche Äußerung des abgelehnten Richters entbehrlich*** (OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 18.7.2012 - 10 W 40/12 - juris). **[14]** Die abgelehnte Richterin sieht auch dann noch keinen Grund, ihre dienstliche Äußerung in der Sache zu ergänzen, nachdem ihr das Schreiben der Klägerin vom ... 2012 zu ihrer dienstlichen Äußerung zur Kenntnis gebracht wurde. Darin hat die Klägerin u. a. ausgeführt, die Richterin „äußert sich in ihrer dienstlichen Stellungnahme zum Protokollberichtigungsantrag nur ganz lapidar, völlig unzureichend und zu den Ablehnungsgründen des Befangenheitsantrags gar nicht“. Obwohl die abgelehnte Richterin damit auf die inhaltliche Unzulänglichkeit ihrer dienstlichen Äußerung hingewiesen wurde, hat sie auf der Rückseite des Schreibens der Klägerin vermerkt: „keine Äußerung veranlasst“. **[15]** Legt diese ***weitgehend inhaltslose Stellungnahme*** der abgelehnten Richterin, die den rechtlichen Anforderungen an eine dienstliche Äußerung nach § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 44 Abs. 3 ZPO in keiner Weise entspricht, bereits ebenfalls den Verdacht der Befangenheit nahe (Czybulka in: Sodan/Ziekov, Anm. 104 zu § 54 VwGO), so ist die Besorgnis der Befangenheit gegen die Richterin zusammen mit der zu Recht gerügten, oben dargestellten Verfahrensführung spätestens zu dem Zeitpunkt gegeben, als die Richterin ***trotz des ausdrücklichen Hinweises der Klägerin immer noch keinen Anlass sah, ihre Stellungnahme in der Sache zu ergänzen*** (OLG Köln, Beschl. v. 30.12.2008 - 2 W 127/08 - juris; OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 18.7.2012 - 10 W 40/12 - juris)."

14.6 Ablehnung bei unangemessener Reaktion auf Ablehnungsgesuch

424. **VG-Stuttgart 7 K 5243/15**, **Ls. 2**: "Ein Ablehnungsgesuch ist im Nachhinein gerechtfertigt, wenn die Reaktion des Richters auf das Ablehnungsgesuch unangemessen ist. Das ist unter anderem der Fall, wenn es aus Sicht eines Beteiligten möglich erscheint, dass sich die durch den Richter im Zuge des Ablehnungsgesuchs geäußerte negative Haltung nicht lediglich auf das Ablehnungsverfahren begrenzt, sondern auch Auswirkungen auf das weitere Verfahren bis hin zur Endentscheidung haben kann."

14.7 Der gesetzliche Richter

14.7.1 Im Voraus berechenbar

425. **Der gesetzliche Richter muss im Voraus berechenbar sein.** **BVerfG, 14.11.2007 - 2 BvR 1849/07** (NJW-RR 2008, 512), **Rn. 16**: "Deshalb verpflichtet Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG den Gesetzgeber dazu, eine klare und abstrakt-generelle Zuständigkeitsordnung zu schaffen, die für jeden denkbaren Streitfall im Voraus den Richter bezeichnet, der für die Entscheidung zuständig ist. Jede sachwidri-

ge Einflussnahme auf die rechtsprechende Tätigkeit von innen und von außen soll dadurch verhindert werden. Die Gerichte sind bei der ihnen obliegenden Anwendung der vom Gesetzgeber geschaffenen Zuständigkeitsordnung verpflichtet, dem Gewährleistungsgehalt und der Schutzwirkung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angemessen Rechnung zu tragen."

426. Geschäftsverteilungspläne (GVPen) müssen generell-abstrakt im Voraus feststehen, Änderungen dürfen nicht nur zum Schein auf nur ein einziges Verfahren zielen und wenn sie anhängige Verfahren betreffen sollte dies evtl. nur ultima-ratio und mit dokumentierter und bekannt gegebener Geschäftslast geschehen. BVerfG, 16.02.2005 - 2 BvR 581/03 (NJW 2005, 2689)**, Rn. 17-20+24**: "Das aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG folgende Gebot, die zur Entscheidung berufenen Richter so eindeutig und genau wie möglich durch eine ***generell-abstrakte Regelung für ein Geschäftsjahr im Voraus*** zu bestimmen, schließt Neuregelungen nicht aus, die die so beschlossene Neuordnung während des laufenden Geschäftsjahres ändern. … **[18]** Das durch das ***Rechtsstaatsprinzip*** (Art. 20 Abs. 3 GG), die Garantie ***wirkungsvollen Rechtsschutzes*** (Art. 19 Abs. 4 GG) und, soweit Untersuchungshaft vollzogen wird, das Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) mit Verfassungsrang ausgestattete und darüber hinaus auf Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gegründete Gebot, anhängige Sachen zügig zu entscheiden, lässt das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) aber nicht vollständig zurücktreten. ***Vielmehr besteht Anspruch auf eine zügige Entscheidung durch den gesetzlichen Richter***. **[19]** Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG steht daher einer Änderung der Zuständigkeit auch für bereits anhängige Verfahren jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Neuregelung generell gilt, zum Beispiel ***mehrere anhängige Verfahren*** und eine unbestimmte Vielzahl künftiger, gleichartiger Fälle erfasst und ***nicht aus sachwidrigen Gründen*** geschieht (vgl. BVerfGE 24, 33 <54 f.>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. September 2002 - 2 BvR 1843/00 -, NJW 2003, S. 345; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Oktober 2002 - 2 BvR 1837/00 -, veröffentlicht in juris; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Juli 1988 - 1 BvR 155/85 u.a. -, NJW 1989, S. 382 <383>; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. November 1978 – 1 C 33/78 -, DÖV 1979, S. 299 f.; Degenhardt, in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 101 Rn. 12; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Band III, Art. 101 Rn. 18; Wassermann, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 101 Rn. 16; Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 258; Kissel, GVG, 3. Aufl., § 21e Rn. 99). Ob es darüber hinaus Konstellationen geben kann, in denen die ***Umverteilung ausschließlich bereits anhängiger Verfahren als ultima ratio geboten*** ist, um die konfligierenden Verfassungsgüter angemessen zur Geltung zu bringen, bedarf hier keiner Entscheidung. In einem solchen Fall wird es ***jedenfalls nahe liegen, die Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern, zu dokumentieren und den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu geben***, um dem Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung entgegen zu wirken. … **[20]** Gleichgültig, ob ausschließlich anhängige Verfahren oder daneben auch zukünftig eingehende Verfahren umverteilt werden, muss jedoch jede Umverteilung während des laufenden Geschäftsjahres, die bereits anhängige Verfahren erfasst, geeignet sein, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen. Änderungen der Geschäftsverteilung, die hierzu nicht geeignet sind, können vor Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Bestand haben. **[24]** … Eine eigene nachvollziehbare Darlegung oder einen Verweis auf eine anderweitige ***Dokumentation der Geschäftslast*** der Kammer und einer Prognose über ihre zukünftige Auslastung ***enthält der Beschluss*** nicht. …"

427. Der gesetzliche Richter genießt den Schutz des Art. 101 (1) S. 2 GG spätestens ab dem Zeitpunkt, wo er eine Rechtssache in Behandlung genommen hat. OLG Karlsruhe, 26.07.2012 - 9 U 204/11 (NJW-RR 2013, 437), **Rn. 11**: "Eine Kammer behält eine ihr irrtümlich zugeschriebene Sache, wenn sie diese in Behandlung genommen hat. Die Sache ist ***in Behandlung genommen mit der Bestimmung des frühen ersten Termins***, ***der Einleitung des schriftlichen Vorverfahrens*** oder der ***Entscheidung über ein Prozesskostenhilfegesuch***."

428. Der willkürliche Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters ist streng verboten. Ein schlichter Verfahrensirrtum ist zwar noch keine Willkür, die Norm ist aber so eng auszulegen,

dass auch der Anschein einer willkürlichen Zuständigkeits-Verschiebung gar nicht erst entsteht. OLG Karlsruhe, 26.07.2012 - 9 U 204/11 (NJW-RR 2013, 437), **Rn. 36 +37**: "Die Rechtsprechung nimmt einen ***Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters an, wenn eine Zuständigkeitsentscheidung objektiv nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheint*** (vgl. BGH, NJW 1991, 1964). „Objektive Willkür" in diesem Sinne ist immer dann anzunehmen, wenn eine Entscheidung unter keinem Gesichtspunkt sachlich vertretbar erscheint (vgl. BVerfG a. a. O.; BGH a. a. O.; vgl. zur Prüfung eines Fehlers bei der Anwendung des Geschäftsverteilungsplans im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch BGH, Beschluss vom 24.03.2011 – 4 StR 637/10 -, zitiert nach juris). Ein Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters ist hingegen nicht anzunehmen, wenn eine Entscheidung zur Zuständigkeit zumindest vertretbar erscheint, oder dem betreffenden Gericht ein „***schlichter Verfahrensirrtum***" unterlaufen ist (vgl. Müller-Terpitz in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf a. a. O., Art. 101 GG, Rdnr. 20; Jacobs in Stein/Jonas a. a. O., § 16 GVG, Rdnr. 13). **[37]** Im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG muss es dabei auch darum gehen, ***schon den Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung zu vermeiden*** (vgl. BGH, Beschluss vom 04.08.2009 - 3 StR 174/09 -, zitiert nach juris; vgl. zur „Qualität" des relevanten Fehlers im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch BGH, NJW 2009, 1351)."

429. Die GVP-gemäße Zuuordnung im Turnussystem stellt i. A. (wenn nicht vom GVP anders bestimmt) auf die zur Fristwahrung geltenden Regeln ab. OLG Karlsruhe, 26.07.2012 - 9 U 204/11 (NJW-RR 2013, 437), **Rn. 39**: "Wenn in einem Geschäftsverteilungsplan vom „***Eingang***" die Rede ist – ohne ausdrücklichen Hinweis auf einen Eingang bei der Geschäftsstelle -, kann bei einer Klage nur der Zeitpunkt gemeint sein, in welchem das Schriftstück in die ***Verfügungsgewalt des betreffenden Gerichts*** gelangt ist. In diesem Sinne ist die Klage bereits am 20.12.2010 per Fax beim Landgericht Konstanz eingegangen."

14.7.2 Die Ablehnungsverwerfung in eigener Sache ist Entzug des gesetzlichen Richters

430. Die Entscheidung in eigener Sache macht befangen. BVerfG, 20.07.2007 - 1 BvR 3084/06 (NJW-RR 2008, 72), **Rn. 18, 19 + 26**: "… Ein Richter, dessen Unparteilichkeit mit jedenfalls nicht von vorneherein untauglicher Begründung in Zweifel gezogen worden ist, kann und soll nicht an der Entscheidung gegen das gegen ihn selbst gerichtete Ablehnungsgesuch mitwirken, das sein eigenes richterliches Verhalten und die - ohnehin nicht einfach zu beantwortende - Frage zum Gegenstand hat, ob das beanstandete Verhalten für eine verständige Partei Anlass sein kann, an der persönlichen Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln. ... **[19]**… Es ***[das Bundesverfassungsgericht] hat indes klargestellt***, dass ein vereinfachtes Ablehnungsverfahren nur echte Formalentscheidungen ermöglichen oder offensichtlichen Missbrauch des Ablehnungsrechts verhindern solle, was eine enge Auslegung der Voraussetzungen gebiete (BVerfGK 5, 269 <282>). Völlige Ungeeignetheit sei anzunehmen, wenn für eine Verwerfung als unzulässig jedes Eingehen auf den Gegenstand des Verfahrens entbehrlich sei. ***Sei hingegen ein - wenn auch nur geringfügiges - Eingehen auf den Verfahrensgegenstand erforderlich, scheide eine Ablehnung [des Ablehnungsantrages] als unzulässig aus.*** Eine gleichwohl erfolgende Ablehnung sei dann willkürlich. Über eine bloß formale Prüfung hinaus dürfe sich der abgelehnte Richter nicht durch Mitwirkung an einer näheren inhaltlichen Prüfung der Ablehnungsgründe zum Richter in eigener Sache machen. Überschreite das Gericht bei der Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs die ihm gezogenen Grenzen, könne dies seinerseits die Besorgnis der Befangenheit begründen (vgl. BVerfGK 5, 269 <283>). **[26]** … Bei der Prüfung, ob ein Ablehnungsgesuch als unzulässig verworfen werden kann, ist das Gericht in besonderem Maße verpflichtet, das Ablehnungsgesuch seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen und gegebenenfalls wohlwollend auszulegen, da das Gericht andernfalls leicht dem Vorwurf ausgesetzt sein kann, tatsächlich im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten, und sich zu Unrecht zum Richter in eigener Sache zu machen. Überschreitet das Gericht bei dieser Prüfung die ihm gezogenen Grenzen, so kann dies seinerseits die Besorgnis der Befangenheit begründen (vgl. BVerfGK 5, 269 <283>)."

431. Eine Fortsetzung von Ignoranz führt zur Fortsetzung des Verfassungsverstoßes. BVerfG,

20.07.2007 - 1 BvR 3084/06 (NJW-RR 2008, 72), **Rn. 27**: "… und nimmt [das Gericht] erneut nicht zur Kenntnis, dass die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf mehrere Umstände - darunter auch, aber nicht nur die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für den Gegner - gestützt hatte, aus denen sich aus ihrer Sicht die Voreingenommenheit der Richter ergeben hatte. Der Verfassungsverstoß setzt sich damit im Urteil vom 9. November 2006 fort."

432. Die Entscheidung in eigener Sache führt von Verfassungs wegen zur Aufhebung des Verwerfungsbeschlusses der Befangenheit und zur Aufhebung des Urteils. BVerfG, 20.07.2007 - 1 BvR 3084/06 (NJW-RR 2008, 72), **Rn. 28**: "[beide] angegriffenen Entscheidungen beruhen auf dem festgestellten Verfassungsverstoß. Der Beschluss vom 30. Oktober 2006 und das Urteil vom 9. November 2006 werden aufgehoben. … Zu dem Zeitpunkt, als die Berufung zurückgewiesen wurde, war das Gericht nicht gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, da es nicht befugt war, den Befangenheitsantrag zu verwerfen, welcher von anderen Richtern vor Erlass einer Sachentscheidung hätte beschieden werden müssen. … eine Aufhebung der Sachentscheidung [ist] rechtfertigt. Andernfalls hätte es ein die … [Verfahrensgrundrechte] verkennendes Gericht in der Hand, durch eine (gleichzeitig mit der Verwerfung eines Befangenheitsantrags getroffene) nicht anfechtbare Sachentscheidung vollendete Tatsachen zu schaffen."

433. Verwirft ein Richter ein Ablehnungsgesuch durch Entscheidung in eigener Sache, so verletzt er das Grundrechts gleiche Recht auf den gesetzlichen Richter. BVerfG, 14.11.2007 - 2 BvR 1849/07 (NJW-RR 2008, 512), **Rn. 28**: "Statt in einer dienstlichen Stellungnahme seine Unbefangenheit herauszustellen und danach die Entscheidung über die Frage berechtigter Bedenken an seiner [dort: Rechtspfleger statt Richter] erforderlichen Unvoreingenommenheit nach § 10 Satz 2 RPflG vom Richter entscheiden zu lassen, hat sich der abgelehnte Rechtspfleger unter eigener Beteiligung zum „Richter in eigener Sache“ gemacht und in seinem Beschluss die Anforderungen aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt."

434. Für die Feststellung der Verletzung des Art. 101 (1) S. 2 GG ist nicht hypothetisch zu prüfen, ob seine Entscheidung richtig war, sondern nur: ob er dabei 'eigenes Verhalten' hatte beurteilen müssen. BVerfG, 14.11.2007 - 2 BvR 1849/07 (NJW-RR 2008, 512), **Rn. 30**: "Das Beschwerdegericht hat in Fällen wie dem vorliegenden [dort: Rechtspfleger statt Richter] nicht über die hypothetische Begründetheit des Ablehnungsgesuchs, sondern darüber zu entscheiden, ob die Grenze des § 10 Satz 2 RPflG, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, eingehalten wurde. Jedenfalls bei einer willkürlichen Überschreitung der durch die Rechtsprechung geschaffenen Ausnahmeregelung, nach der bei offensichtlich unzulässigen Befangenheitsanträgen der Rechtspfleger selbst entscheiden kann, hat das Rechtsmittelgericht die angegriffene Entscheidung aufzuheben und an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, damit dieses entsprechend der Regelung des § 10 Satz 2 RPflG durch den Richter über das Ablehnungsgesuch gegen den Rechtspfleger entscheidet."

14.7.3 Phantom-Richter

435. Der Phantomrichter, der weder lt. GVP noch anhand seiner Unterschrift erkennbar mitwirkte ist kein gesetzlicher Richter. BVerfG, 18.02.2020 - 1 BvR 1750/19 (dejure 2020,5934), **Tenor + Rn. 15**: "Der Beschluss des Landgerichts Amberg vom 3. Juni 2019 - 13 S 730/ 18 - verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht aus Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes. Der … [15] … In Bezug auf die Richterin C. hat die Vorsitzende unter dem Beschluss eine urlaubsbedingte Verhinderung an der Unterschriftsleistung vermerkt. Ausweislich des Geschäftsverteilungsplans des Landgerichts für das Jahr 2019 war die befasste Kammer bei Erlass des angegriffenen Beschlusses indes regulär mit der Vorsitzenden Richterin am Landgericht B., der Richterin am Landgericht A., dem Richter am Landgericht D. und dem Richter am Landgericht E. besetzt. Die Richterin C. war bereits seit dem 28. April 2019 an die Staatsanwaltschaft versetzt und damit aus der Kammer ausgeschieden. ..."

14.7.4 Rechtsmittel bei Entzug des gesetzlichen Richters

436. Bei Entzug des gesetzlichen Richters ist Verfassungsbeschwerde möglich. Kern in

Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, vor §§ 1-37 Rn. 9: "Ein Verstoß gegen die Geschäftsverteilung kann sowohl Rechtsmittel begründen (§ 547 Nr. 1 ZPO) sowie eine Nichtigkeitsklage ermöglichen (§ 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Ist der ***Verstoß gegen die Geschäftsverteilung willkürlich*** ist eine Verfassungsbeschwerde möglich, § 90 BVerfGG i. V. m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (Vgl. Zöller-Schultzky, ZPO, § 1 Rn. 4). Die Nichtveröffentlichung der Geschäftsverteilung kann nicht gerügt werden (arg.: § 21e Abs. 9 Hs. 2 GVG)."

437. Bei noch nicht vorhandenen fachgerichtlichen Entscheidungen sollte der Prozess an den Fachgerichten zunächst als Verfassungsprozess geführt werden, also mit Hinweis auf alle geltend zu machenden verfassungsrechtlichen Erwägungen, insbesondere wenn eine bestimmte Normauslegung erstrebt wird, die ohne verfassungsrechtliche Erwägungen nicht begründbar ist. BVerfG, 20.03.2007 - 2 BvR 1730/06 (dejure 2007,11096), **Rn. 34**: "Die Verfassungsbeschwerde ist auch deshalb unzulässig, weil sie nicht dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität entspricht, der es gebietet, im Verfahren vor den Fachgerichten alle zumutbaren prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um die vermeintliche Grundrechtsverletzung abzuwenden (vgl. BVerfGE 68, 384 <389>[BVerfG 08.01.1985 - 1 BvR 830/83]; 112, 50 <60>). Danach wäre es hier erforderlich gewesen, verfassungsrechtliche Erwägungen schon den Fachgerichten zu unterbreiten. Zwar muss ein Beschwerdeführer das Verfahren vor den Fachgerichten grundsätzlich nicht als "Verfassungsprozess" führen; etwas anderes gilt aber dann, wenn bei verständiger Einschätzung der Rechtslage und der verfahrensrechtlichen Situation ein Begehren nur Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn verfassungsrechtliche Überlegungen in das fachgerichtliche Verfahren eingeführt werden, insbesondere ***wenn eine bestimmte Normauslegung erstrebt wird, die ohne verfassungsrechtliche Erwägungen nicht begründbar ist*** (vgl. BVerfGE 112, 50 <61 f.>)."

438. Ein Verfassungsverstoß liegt – wie auch sonst üblich – bei dem Entzug des gesetzlichen Richters nicht schon bei einfachem Rechtsirrtum vor. BVerfG, 10.10.2001 - 2 BvR 1620/01 (NJW 2002, 814), **Rn. 8**: "Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 3, 359 <364>; 7, 327 <329>; 9, 223 <230>) kann jemand durch Maßnahmen, Unterlassungen oder Entscheidungen des Gerichts seinem gesetzlichen Richter entzogen werden, wenn sie willkürlich, nicht aber schon, wenn sie nur rechtsirrtümlich sind."

439. Ein Verfassungsverstoß und der Entzug des gesetzlichen Richters liegt aber in Ausnahmefällen vor, z. B. wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar sind oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt hat. BVerfG, 20.03.2007 - 2 BvR 1730/06 (dejure 2007,11096), **Rn. 45+46**: "Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet dem Einzelnen das Recht auf den gesetzlichen Richter. Ziel der Verfassungsgarantie ist es, der Gefahr einer möglichen Einflussnahme auf den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung vorzubeugen, die durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eröffnet sein könnte (vgl. BVerfGE 17, 294 <299>; 48, 246 <254>[BVerfG 26.04.1978 - 1 BvR 257/77]; 82, 286 <296>; 95, 322 <327>[BVerfG 08.04.1997 - 1 BvR 48/94]). Damit sollen die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden (vgl. BVerfGE 95, 322 <327>[BVerfG 08.04.1997 - 1 PBvU 1/95]). **[46]** Eine "Entziehung" des gesetzlichen Richters durch die Rechtsprechung, der die Anwendung der Zuständigkeitsregeln und die Handhabung des Ablehnungsrechts im Einzelfall obliegt, kann nicht in jeder fehlerhaften Rechtsanwendung gesehen werden; andernfalls müsste jede fehlerhafte Handhabung des einfachen Rechts zugleich als Verfassungsverstoß angesehen werden (vgl. BVerfGE 82, 286 <299>). Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind aber ***jedenfalls dann überschritten***, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall ***willkürlich*** oder ***offensichtlich unhaltbar*** ist oder wenn die richterliche Entscheidung ***Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie*** des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt (vgl. BVerfGE 82, 286 <299>)."

440. Ein Verfassungsverstoß und der Entzug des gesetzlichen Richters liegt ebenfalls vor (nämlich

"auf der Hand") bei Einmischung von Legislative und Exekutive in die Rechtsprechung. 1_BvR_984/87 (BVerfGE 82, 286), **Rn. 73**: "Mag bei gezielten ***Einmischungen der Legislative oder der Exekutive*** eine Verletzung der Gewährleistung des gesetzlichen Richters ***auf der Hand*** liegen, so ist das bei Entscheidungen der rechtsprechenden Gewalt, in denen normative Zuständigkeitsregeln angewandt werden, nicht ohne weiteres der Fall."

14.8 Willkür macht befangen

441. Willkür ist wie folgt definiert: KG, 08.06.2006 - 15 W 31/06 (NJW-RR 2006, 1577), **Rn.12**: "… Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein Richterspruch willkürlich, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen. Schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich (vgl. BVerfGE 4, 1 [7] = NJW 1954, 1153; BVerfGE 80, 48 [51] = NJW 1989, 1917; st. Rspr.). Fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein macht eine Gerichtsentscheidung hingegen nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird (vgl. etwa BVerfGE 62, 189 [192] = NJW 1983, 809; BVerfGE 83, 82 [85 ff.] = NJW 1991, 157; BVerfGE 86, 59 [62 ff.] = NJW 1992, 1675). Von willkürlicher Missdeutung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn das Gericht sich mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt (BVerfG, NJW 1993, 996 [997])."

442. Eine verfassungsferne Willkür rechtfertigt die Ablehnung. KG, 08.06.2006 - 15 W 31/06 (NJW-RR 2006, 1577), **S. 1 vor Tenor**: "Die Besorgnis der Befangenheit im Sinne von § 42 Abs. 2 ZPO ist begründet, wenn richterliche Entscheidungen sich so weit von den anerkannten rechtlichen – insbesondere verfassungsrechtlichen - Grundsätzen entfernen, dass sie aus Sicht der Parteien nicht mehr verständlich sind und dadurch den Eindruck einer willkürlichen Einstellung des Richters erwecken."

443. Schwere Verfahrensverstöße deuten auf Willkür und Befangenheit. OLG Hamm, 07.06.2013 - II-11 WF 86/13 (MDR 2013, 1425), **Ls.**: "Die Befangenheit eines Richters kann ausnahmsweise davon anzunehmen sein, wenn schwere Verfahrensverstöße vorliegen. Entfernt sich der Richter bei der Gestaltung des Verfahrens von anerkannten verfassungsrechtlichen Grundsätzen, so kann dies den Eindruck einer willkürlichen oder sachfremden Einstellung des Richters erwecken."

444. Das Ablehnungsverfahren dient grundsätzlich nicht der Fehlerüberprüfung, diese ist aber bei verfassungsferner Willkür als Ausnahme von diesem Grundsatz dennoch gerechtfertigt. KG, 08.06.2006 - 15 W 31/06 (NJW-RR 2006, 1577**), Rn. 10**: "Nach allgemeiner Auffassung kann die Ablehnung ... grundsätzlich nicht erfolgreich auf die Verfahrensweise oder die Rechtsauffassung eines Richters gestützt werden. Denn im Ablehnungsverfahren geht es allein um die Parteilichkeit des Richters und nicht um die Richtigkeit seiner Handlungen und Entscheidungen, deren Überprüfung allein den Rechtsmittelgerichten vorbehalten ist. **Eine Ausnahme** von diesem Grundsatz ist indessen dann geboten, wenn die Gestaltung des Verfahrens oder die Entscheidungen des Richters sich so weit von den anerkannten rechtlichen - insbesondere verfassungsrechtlichen - Grundsätzen entfernen, dass sie aus Sicht der Partei nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheinen und dadurch den Eindruck einer willkürlichen oder doch jedenfalls sachfremden Einstellung des Richters erwecken. (KGR Berlin, 2005, 140, OLGR Schleswig 2006, 55; Zöller/Vollkommer, a. a. O., § 42 Rdnr. 9, 24, 28 m. w. N.)."

14.9 Unsachliche Äußerungen und Erziehungsversuche machen befangen

14.9.1 Besondere Teile der Gesellschaft mögen sich bitte erwartungsgemäß verhalten

445. Die Besorgnis wegen richterlicher Bemerkungen über die Partei sind nicht von vornherein offensichtlich unbegründet. Wenn diesem so wäre, wäre jede Parteischelte durch Richtermund jeglicher Kontrolle entzogen. Jedenfalls durch andere Richter ist die Frage zu prüfen, ob in einer Parteischelte eine Rechtsgrundlagen freie Privat-Erziehung vorliegt, oder dieselbe ein als

Erfordernis der Rechtspflege notwendig war. BVerfG, 14.11.2007 - 2 BvR 1849/07 (NJW-RR 2008, 512), **Rn. 25**: "… der Hinweis darauf, dass bei dem Beschwerdeführer als Student der Rechtswissenschaft ein anderes Verhalten angezeigt sein sollte; diese vom Beschwerdeführer zur Rechtfertigung seines Misstrauens gegen eine unparteiliche Amtsausübung des Rechtspflegers genannten Gründe waren nicht von vornherein untauglich, das Ablehnungsgesuch zu begründen."

14.10 Einseitige Verfahrensvorbereitung macht befangen

446. **Aktives Handeln, wie z.B. die Möglichkeit der richterlichen Akteneinsicht ohne Kenntnis der Partei durch aktive Passwortanfrage macht befangen.** BVerfG, 21.11.2018 - 1 BvR 436/17 (NJW 2019, 505), **Rn. 20 + 21**: "… Das Sozialgericht hat nicht beachtet, dass im Einzelfall bereits bestimmte Vorbereitungshandlungen den Eindruck der Voreingenommenheit für einen Prozessbeteiligten bei vernünftiger Würdigung aller Umstände entstehen lassen können, auch wenn noch kein Verfahrensfehler vorliegt. Dadurch hat es Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Rechts auf den gesetzlichen Richter grundlegend verkannt. **[21]** Das Gericht hat die Wirkung der Anforderung des Passwortes für die von der Krankenkasse übersandte CD nicht berücksichtigt. Das Passwort dient ausschließlich der Entschlüsselung der CD, so dass die abgelehnte Richterin, unter Ausschluss des Beschwerdeführers, nach Eingang des Passwortes unmittelbar Einsicht in die Ermittlungsakten hätte nehmen können. Dies kann bei vernünftiger Würdigung den Eindruck einseitiger Verfahrensführung erzeugen und begründet somit die Besorgnis der Befangenheit. … Denn Vorbereitungs***handlungen entfalten*** bei vernünftiger Würdigung aller Umstände ***eine andere Wirkung als etwa das passive Empfangen von Erkenntnisquellen***, wie zum Beispiel unaufgefordert übersandte Patientenakten, und deren Verwahrung bei der Gerichtsakte, …"

447. **Anwaltsurlaub ist ein erheblicher Grund für eine Terminsverlegung. Die ersatzweise Vertreungswahrnehmung durch einen unvorbereiteten Anwalt ist unzumutbar. OLG Frankfurt, 14.01.2008 - 9 W 32/07** (NJW 2008, 1328), **Ls.** : "Es stellt einen erheblichen Grund im Sinne von § 227 I ZPO dar, wenn der Prozessbevollmächtigte durch Urlaub an der Wahrnehmung des anberaumten Termins gehindert ist. Nichts anderes kann für die Verhinderung durch eine Fortbildungsveranstaltung gelten. Die Verlegung kann im Regelfall auch nicht mit der Begründung verweigert werden, einer der Sozii des verhinderten Prozessbevollmächtigten könnte die Vertretung übernehmen. Die vertretene Partei darf regelmäßig erwarten, im Termin von demjenigen Anwalt vertreten zu werden, der die Sachbearbeitung des Mandats übernommen hat."

14.11 Ablehnung bei überzogenem Straftatverdächtigung einer Partei

Die tatsächliche Befangenheit ist zur Ablehnung nicht erforderlich, es genügt die Sorge wegen eines "bösen Scheins". BVerfG, 25.07.2012 - 2 BvR 615/11 (NJW 2012, 3228) **Rn. 13**: "Eine Besorgnis der Befangenheit ist dann gegeben, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (vgl. BVerfGE 82, 30 <38>). Tatsächliche Befangenheit oder Voreingenommenheit ist nicht erforderlich; ***es genügt schon der „böse Schein“***, d.h. der mögliche Eindruck mangelnder Objektivität (vgl. BVerfGE 46, 34 <41>). Entscheidend ist demnach, ob das beanstandete Verhalten für einen verständigen Verfahrensbeteiligten Anlass sein kann, an der persönlichen Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (vgl. BVerfGK 5, 269 <281>; 13, 72 <79>; aus der fachgerichtlichen Rechtsprechung etwa OLG Naumburg, Beschluss vom 9. August 2001 - 10 W 31/01 -, NJW-RR 2002, S. 502 f.; OLG München, Beschluss vom 22. November 2005 - 19 W 2668/05 -, juris, Rn. 6)"

Die Straftatverdächtigung mit bloßem Verweis auf die Akten und eine dort gefundene zweite, ähnliche Rechtssache erschließt sich nicht einmal ansatzweise und begründet daher die Sorge der Befangenheit. BVerfG, 25.07.2012 - 2 BvR 615/11 (NJW 2012, 3228) **Rn. 16**: "Der bloße Verweis auf die Lektüre der Akten, die den Verdacht nahelege, der Beschwerdeführer nehme entgeltliche Dienste Dritter in Anspruch, ohne diese bezahlen zu wollen, war jedenfalls unter den gegebenen Umständen offensichtlich unzureichend. Weshalb allein der Umstand, dass ein Verfahrensbeteiligter in mehr als einem Fall einer von Dritten wegen erbrachter Leistungen gegen ihn erhobenen Forde-

rung entgegentritt, einen Straftatverdacht begründen soll, der eine richterliche Pflicht zu entsprechendem Hinweis auslösen und es damit zugleich rechtfertigen könnte, Strafanzeige gegen den Verfahrensbeteiligten zu erstatten oder ihm dies in Aussicht zu stellen, erschließt sich nicht einmal ansatzweise."

14.12 Ablehnung bei Aussage gegen Aussage

448. **OLG Stuttgart, 28.11.2006 - 3 W 83/06** (MDR 2007, 545): "Bei einem nicht aufzuklärenden Widerspruch zwischen der Glaubhaftmachung der Partei und der dienstlichen Äußerung des abgelehnten Richters spricht nach der gesetzgeberischen Intention des § 42 Abs. 2 ZPO der Anschein gegen den Richter und dem Ablehnungsgesuch ist stattzugeben."

14.13 Ablehnungsgründe kumulieren (verkettete Gründe)

449. **Schon zwei einzeln evtl. nicht durchgreifende Ablehnungsgründe können kumulativ zur Ablehnung führen. OLG Zweibrücken, 02.07.2020 - 3 W 41/20** (NJW-RR 2020, 1325), **Rn. 22**: "c) Ob die unter b) [dort aa), bb)] genannten Aspekte isoliert die Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, bedarf keiner Entscheidung. Jedenfalls in einer Gesamtschau sind sie aus objektiver Sicht geeignet, bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken zu können, der Einzelrichter stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber. Nachdem der Kläger auf eine Terminierung und Aufrechterhaltung des Termins gedrängt hatte, mag sich der Einzelrichter vom Beschleunigungsgrundsatz leiten gelassen und sich zur Aufhebung der Anordnung zum persönlichen Erscheinen aus wohlverstandenem Interesse am Gesundheitsschutz der Beklagten entschlossen haben. Aus der maßgeblichen objektiven Sicht konnte sich die Beklagte indessen in dem nicht per se eilbedürftigen Verfahren zu Recht in ihrem Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt sehen."

450. **Einfache oder einzelne Verstöße gegen Verfahrensvorschriften, auch unzutreffende Rechtsansichten begründen für sich allein (noch) keine Ablehnung. Bei einer Verkettung vieler solcher ist aber die Gesamtbetrachtung geboten, aus welche die Ablehnung dann doch folgen kann. OLG Köln, 24.05.2004 - 19 W 18/04** (dejure 2004,8230), **Rn. 5**: "… Zwar vermögen einfache oder einmalige (vgl. OLG Brandenburg NJW-RR 2000, 1091) Verstöße gegen Verfahrensvorschriften oder die Kundgabe unzutreffender Rechtsansichten durch den abgelehnten Richter nach allgemeiner Ansicht (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 24. Auflage, § 44 Rdnr. 24, 28, 33 m.w.N.) noch nicht die Ablehnung zu begründen. Bei einer Gesamtwürdigung der verfahrensmäßigen Vorgehensweise der Kammervorsitzenden vom Eingang des Terminsverlegungsantrags der Prozessbevollmächtigten der Beklagten im Schriftsatz vom 4. Oktober 2003 bis hin zum Erlass des Versäumnisurteils vom 15. Oktober 2003 können aus der Sicht eines objektiven Betrachters aber Zweifel an der Unvoreingenommenheit der Richterin nicht verneint werden. Die angefochtene Entscheidung, welche sich nur mit den Einzelaspekten der von der Beklagten beanstandeten Vorgehensweise befasst, die gebotene Gesamtbetrachtung der Ablehnungsgründe (vgl. Zöller-Vollkommer a.a.O., § 44 Rdnr. 9) dagegen außer Acht lässt, kann daher keinen Bestand haben."

451. **Das Versagen der Akteneinsicht ist ein prozessrechtswidriges Verhalten und ein sachlicher und zulässiger Ablehnungsgrund, als dessen Konsequenz das Ablehnungsgesuch gestellt werden darf. Auch ein objektiv später Anwaltswechsel lässt nicht zwingend auf eine Prozessverschleppungsabsicht schließen.** OLG Köln, 24.05.2004 - 19 W 18/04 (dejure 2004,8230), **Rn. 7**: "Die Beklagte hatte ihr erstes Befangenheitsgesuch vom 9. Oktober 2003, welches von der Kammer verfahrenswidrig behandelt und beschieden worden ist (insoweit verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 9. Februar 2004), u.a. auf die ***verwehrte Akteneinsicht*** gestützt. Dabei handelte es sich um eine ***sachliche und zulässige Begründung***, denn die Versagung jeglicher Akteneinsicht in der Verfügung der Vorsitzenden vom 8. Oktober 2003 verstieß auch bei Berücksichtigung des eine Woche später anstehenden Verhandlungstermins gegen die Parteirechte der Beklagten gemäß § 299 Abs. 1 ZPO (vgl. OLG Köln MDR 2001, 891). Die Beklagte hatte daher mit der Ablehnung nur ***in zulässiger Weise die Konsequenz aus einem vorangegangenen prozessrechtswidrigen Verhalten***

gezogen (vgl. OLG Hamburg a.a.O., S. 1463). … Die Auffassung der Kammer hinsichtlich der beabsichtigten Verzögerung, welche bereits in der Verfügung der Vorsitzenden vom 8. Oktober 2003 angeklungen war, stützte sich allein auf den zeitlichen Ablauf. ***Der Schluss von der - objektiv späten - Beauftragung der neuen Prozessbevollmächtigten auf die Absicht der Prozessverzögerung war nicht zwingend***. Die Gründe für die späte Beauftragung des Prozessbevollmächtigen durch die Beklagte sind nicht nachgefragt worden. Ein missbräuchliches Vorgehen der Beklagten stand jedenfalls nicht mit der für die Annahme von Verschleppungsabsicht erforderlichen Sicherheit fest."

14.14 Instanzerhalt durch Zurückverweisung bei nachträglicher Befangenheit zwingend

452. Eine nachträglich bestätigte Befangenheit führt dazu, dass an die Erstinstanz zurückverwiesen werden kann, denn ... BayObLG, 20.02.2002 - 3Z BR 34/02 (NJW-RR 2002, 1086), **Ls** : "Das Beschwerdegericht darf nach Aufhebung des erstinstanzlichen Beschlusses die Sache ausnahmsweise an die erste Instanz zurückverweisen, wenn nachträglich ein Richter erfolgreich wegen Befangenheit abgelehnt wurde."

453. … Eine ganze Instanz soll nicht verloren gehen. BayObLG, 20.02.2002 - 3Z BR 34/02 (NJW-RR 2002, 1086), **Kap. II. 2. b)** : "Eine Zurückverweisung kommt ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn die Erstinstanz ihre Endentscheidung nur auf verfahrensrechtliche Überlegungen gestützt hat oder ***wenn das Verfahren erster Instanz so mangelhaft war, dass die abschließende Sachentscheidung im Beschwerdeverfahren dem Verlust einer Instanz gleich käme*** (vgl. Bassenge FGG/RPflG 9.Aufl. § 25 Rn. 11; Jansen § 25 Rn. 13; Keidel/Kahl § 25 Rn. 7 m. w. N.; BayObLG FamRZ 2001, 774). Ein Grund im Sinne des § 547 Nr. 1-3 ZPO wird in der Regel als wesentlicher und zur Zurückverweisung berechtigender Verfahrensmangel anzusehen sein (vgl. Jansen aaO für die alte Fassung des ZPO)."

454. Dennoch wurde der Betroffene (ein Betreuungsopfer), der nicht gehört wurde und dessen günstiges Attest nicht berücksichtigt wurde und das eine sofortige Entscheidung vom Beschwerdegericht ohne Erfolg verlangte, für diesen Einwand zahlungspflichtig. Daraus folgt, dass in derart schweren Verfahrensverstößen die Zurückverweisung zwingend sein muss, denn nur so kann die vorher einzuschätzende Erfolgsaussicht abgesprochen werden. BayObLG, 20.02.2002 - 3Z BR 34/02 (NJW-RR 2002, 1086), **Kap. II. 3+4.**: "Dem Betroffenen war ***wegen fehlender Erfolgsaussicht*** keine Prozesskostenhilfe gemäß §§ 14 FGG, 114 ff. ZPO zu bewilligen. **[4]** Eine Auferlegung der außergerichtlichen Kosten des Betroffenen auf die Staatskasse war weder für das Verfahren vor dem Landgericht noch vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht auszusprechen. Die Voraussetzungen des § 13A Abs. 2 FGG liegen schon deshalb nicht vor, weil das Verfahren bisher nicht abgeschlossen und damit der Ausgang des Betreuungsverfahrens noch offen ist."

14.15 Keine Ablehnung, wenn …

455. Ablehnungsgesuche können auch dann als rechtsmissbräuchliche Verzögerungstaktik gewertet werden, wenn mit ihnen Verzögerungsrügen verbunden sind. VerfGH Bayern, 23.10.2018 - 65-VI-17, 66-VI-1 (dejure 2018,35123), **Rn. 58**: "Der Gesichtspunkt, dass die Beschwerdeführerin in den familiengerichtlichen Verfahren mehrfach Verzögerungsrügen nach § 198 Abs. 3 Satz 1 GVG erhoben hat, wurde vom Oberlandesgericht im Beschluss vom 22. Juni 2017 ausdrücklich berücksichtigt. Die Bewertung des Oberlandesgerichts, die Verzögerungsrügen stünden der Annahme, die Beschwerdeführerin verfolge mit ihren Ablehnungsgesuchen rechtsmissbräuchliche Zwecke, nicht entgegen, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden."

14.16 Ablehnungkosten

456. An der Richterablehnung ist auch der Gegner verfahrensbeteiligt. BGH, 06.04.2005 - V ZB 25/04 (NJW 2005, 2233), **Ls. a**: "Bei der Richterablehnung hat der Gegner der ablehnenden Partei die Stellung eines Verfahrensbeteiligten. Die Entstehung und die Erstattung seiner Anwaltsgebühren im Beschwerdeverfahren richten sich deshalb nach allgemeinen Grundsätzen. Sie sind insbesondere nicht davon abhängig, daß der Anwalt einen Schriftsatz eingereicht hat."

457. Durch die Richterablehnung entsteht beim Gegenanwalt ein Gebühren fähiger Aufwand. BGH, 06.04.2005 - V ZB 25/04 (NJW 2005, 2233), **Ls. b**: "Der im Hauptsacheverfahren tätige Anwalt ist in der Regel als beauftragt anzusehen, die Partei auch im Beschwerdeverfahren einer Richterablehnung zu vertreten."

458. Ein Rechtsanwalt ist i.d.R. auch für Nebenverfahren der von ihm vertretenen Hauptsache beauftragt und damit zur Prüfung verpflichtet. BGH, 06.04.2005 - V ZB 25/04 (NJW 2005, 2233), **S. 8 Abs. 1+2**: "… Da der Anspruch auf rechtliches Gehör das Recht zur Äußerung umfaßt (vgl. BVerfGE 89, 28, 35) und der Anwalt gehalten ist, dieses Recht seiner Partei zu verwirklichen, muß er in jedem Fall prüfen, ob die Beschwerdeschrift eine Stellungnahme erfordert. Damit wird er auftragsgemäß im Beschwerdeverfahren tätig und verdient die Beschwerdegebühr des § 61 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO. **[2]** Allerdings setzt die Entstehung dieser Gebühr voraus, daß der Anwalt mit der Vertretung im Beschwerdeverfahren beauftragt worden ist. Hiervon kann jedoch in der Regel ausgegangen werden, wenn der Anwalt die Partei im Hauptsacheverfahren vertritt (a.A. N. Schneider, MDR 2001, 130, 132). ..."

15 Prozessrecht, allgemein – Pflichten und Verhalten des Gerichts

15.1 Akteneinsicht

15.1.1 Anwalt für die Akteneinsicht

459. Akteneinsicht in Betreuungsakten ist auch ohne Anwalt möglich. **OLG München, 20.07.2006 - 33 Wx 151/06** (FamRZ 2006, 1621), **Tenor 1**: "Dem Betroffenen bzw. einem nichtanwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten ist zur Wahrung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich Einsicht in die Betreuungsakten auf der Geschäftsstelle und die Fertigung von Kopien zu gestatten. Die Nichterhebung von Auslagen für Ablichtungen wird dabei insbesondere dann in Betracht kommen, wenn der Einsichtsberechtigte geltend macht, dass er aus sachlichen Gründen benötigte Schriftstücke noch nicht erhalten habe oder aus nachvollziehbaren Gründen über diese nicht (mehr) verfüge."

460. Das Versagen des Versendens der Originalakte an einen Rechtsanwalt ist unanfechtbar. OLG Koblenz, 09.03.2015 - 11 WF 210/15 (FamRZ 2015, 1422), **Rn. 4 + 6**: "… vorliegend hat das Amtsgericht jedoch nicht die Akteneinsicht verwehrt (“Ob“), sondern lediglich die Übersendung der Akten in die Geschäftsräume der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin … **[6]** … ist die Verweigerung der Aktenübersendung, d.h. das „Wie“ der Akteneinsicht unanfechtbar."

461. Die Abhilfemöglichkeit besteht darin, dass auch um das Versenden einer Kopie ersucht werden kann. OLG Koblenz, 09.03.2015 - 11 WF 210/15 (FamRZ 2015, 1422), **Rn. 8**: "… Der um Akteneinsicht Ersuchende kann aber auch die für ihn relevanten Aktenteile genau bezeichnen und um - ins Soll zu stellende Übersendung einer Kopie – ersuchen. …"

462. Die schikanöse Handhabung der Gewähr von Akteneinsicht verletzt das Willkürverbot. BVerfG, 14.09.2011 - 2 BvR 449/11 (NJW 2012, 141), **Rn. 1, 3, 27 + 33**: "Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Art und Weise, wie einem Strafverteidiger Einsicht in die Verfahrensakten gewährt wird. **[3, Anlass der Kritik:]** 'Da eine Vollmacht nicht vorliegt, mag Akteneinsicht auf der Geschäftsstelle genommen werden.' **[27]** a) Die Gewährung von Akteneinsicht nur auf der Geschäftsstelle des Amtsgerichts Gladbeck verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Bedeutung als Willkürverbot. **[33]** Die angegriffenen Verfügungen des Amtsgerichts Gladbeck vom 25. Januar 2011 sind bereits in sich widersprüchlich. Bei berechtigten und nicht widerlegten Zweifeln an der Bevollmächtigung des Beschwerdeführers hätte diesem die Akteneinsicht vollständig versagt werden müssen."

15.1.2 Eile-Bedürfnis der Akteneinsicht

463. Einsicht in Bautagebücher ist mit Eilbedürfnis und ohne Gegenrecht zur Durchsetzung einer Amtshaftungsklage i.H.v. 182.842 DM mit einem Streitwert i.H.v. 2000.- EUR begründet VG

Gelsenkirchen, 21.03.2002 - 17 L 494/02 (dejure 2002,10933), **Tenor, Rn. 2, 15 + 34**: "Der Antragsgegner wird im Wege der ***einstweiligen Anordnung*** verpflichtet, dem Antragsteller ***Einsicht in die Bautagebücher*** der Baustelle in den Bereichen zwischen straße und straße, zwischen straße und straße und zwischen Straße und straße über den Zeitraum zwischen dem 1. Januar 1998 und dem 30. November 1999 zu gewähren. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert wird auf 2.000,- Euro festgesetzt. **[2]** Zwischen den Beteiligten ist vor dem Landgericht (LG) ein Klageverfahren (4 O 346/01) anhängig, in dem der Antragsteller - ein Apotheker - einen Amtshaftungsanspruch in Höhe von 182.842,- DM mit der Behauptung geltend macht, die Straßenbauarbeiten im Bereich der Straße seien schuldhaft verzögerlich und zudem in einer Weise durchgeführt worden, die zu erheblichen Umsatzeinbrüchen geführt habe, unter anderem deshalb, weil die Apotheke über längere Zeit nur noch über wacklige Holzplanken zu erreichen gewesen sei. … **[15]** … Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes ***in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis*** zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern. Danach kann eine einstweilige Anordnung erlassen werden, wenn ein Anordnungsgrund, d. h. die besondere Eilbedürftigkeit der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes, und das Bestehen des geltend gemachten Anspruches (sog. Anordnungsanspruch) glaubhaft gemacht worden sind (§ 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 der Zivilprozessordnung - ZPO -). Beides ist hier der Fall; der insoweit maßgebliche Sachverhalt steht zwischen den Beteiligten nicht in Streit. … **[34]** Einen prozessualen Rechtsgrundsatz, wonach ein materiell-rechtlich - sei es zur Auskunfterteilung, sei es zur Vorlage von Urkunden - Verpflichteter auf Grund seiner Stellung als Partei eines Zivilprozesses die Erfüllung des berechtigten Anspruches verweigern könnte, stellt nämlich auch die ZPO nicht auf. Etwaige Auskunftsansprüche zwischen Prozessparteien finden ihre Rechtsgrundlage - auch im Zivilrecht - im materiellen Recht (beispielsweise in §§ 666, 675 BGB, 118, 166 HGB) und sind in ihrem Bestand unabhängig von der Anhängigkeit eines Rechtsstreits und der jeweiligen Rolle, die der Auskunftsverpflichtete in einem Rechtsstreit einnimmt. ***Für Fälle, in denen der Zivilkläger zunächst eine Auskunft oder Rechnungslegung benötigt, um überhaupt erst einen zulässigen Klageantrag stellen zu können, sieht die ZPO in § 254 ausdrücklich die Stufenklage vor.*** Auch in einem solchem Fall besteht ***kein Gegenrecht des Verpflichteten***, die in erster Linie geltend gemachte Erfüllung des Auskunftsanspruches zu verweigern, um so letztlich die Klageabweisung hinsichtlich des auf der zweiten Stufen geltend gemachten Zahlungs- oder Herausgabeanspruches zu erreichen."

464. Das Einsichtsinteresse in Steuerberaterakten und Arbeitsergebnisse kann zur Abwendung einer drohenden Inhaftierung (besondere Härte) sogar gegenüber einem bestehenden Zurückbehaltungsrecht des Steuerberaters überwiegen und Eile bedürftig sein. OLG München, 14.05.2012 - 15 W 813/12 (NJW-RR 2012, 1404), **Rn. 25, 27, 33, 35 + 39**: "... Nach § 940 ZPO ist eine einstweilige Verfügung zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Dies ist hier der Fall. … **[27]** Bei den im Antrag näher bezeichneten ... handelt es sich um Schriftstücke, die der Antragsgegner aus Anlass seiner Tätigkeit als Steuerberater vom Antragsteller erhalten hat, und damit um Handakten i.S.v. § 66 Abs. 3 StBerG, auf deren Herausgabe der Mandant einen Anspruch aus §§ 667, 675 BGB hat (Gehre/Koslowski, StBerG, 6. Aufl. 2009, § 66 Rn. 10). Gleiches dürfte auch für die Buchungsordner der Jahre 2002 bis 2004 gelten, ... wenn diese ... im Rahmen des Steuerberatermandats vom Antragsgegner geschaffene Arbeitsergebnisse enthalten sollten, aus den vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien ein Herausgabeanspruch des Antragstellers ergeben würde (vgl. BGH, NJW 1988, 2607; Kuhls, StBerG, 2. Aufl. 2004, § 66 Rn. 21). **[33]** Es ist anerkannt, dass ein Zurückbehaltungsrecht nicht in einer gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßenden Weise ausgeübt werden darf. Dieser allgemeine Grundsatz ist in § 66 Abs. 2 Satz 2 StBerG ausdrücklich hervorgehoben. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist insbesondere dann als unzulässig anzusehen, wenn die Zurückbehaltung dem Mandanten einen unverhältnismäßig hohen,

auch bei Abwägung mit den Interessen des Steuerberaters nicht zu rechtfertigenden Schaden zufügen würde. Dies kann in gleichem Maße für ein Zurückbehaltungsrecht an Handakten als auch für ein Zurückbehaltungsrecht an Arbeitsergebnissen des Steuerberaters gelten (vgl. hierzu BGH, NJW 1988, 2607; NJW 1997, 2944; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2005, 59; Gehre/Koslowski, § 66 Rn. 13; Kuhls, § 66 Rn. 31). Ein derartiger die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ausschließender schwerer Schaden wird beispielsweise angenommen, wenn dem Mandanten ohne die herausverlangten Unterlagen Wohnungsverlust oder die Verjährung eigener Ansprüche (vgl. Feuerich/Braun, BRAO, 5. Aufl. 2000, § 50 Rn. 22 m.w.N.) bzw. eine nachteilige Steuerschätzung (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2005, 59) droht. **[35]** ... sogar mit der Verhängung einer nicht mehr zur Bewährung aussetzungsfähigen Freiheitsstrafe. **[39]** ... Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass selbst im Fall einer berechtigten Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts an Handakten jedenfalls ein sich aus der Unterrichtungspflicht nach § 666 BGB ergebendes Einsichtsrecht bestehen kann (vgl. Feuerich/Braun, § 50 Rn. 26)."

15.1.3 Auswirkungen der Akteneinsicht auf prozessuale Fristen

465. Auf einen sicher beschiedenen Fristverlängerungsantrag kommt es bei noch nicht gewährter Akteneinsicht nicht an. **BGH, 11.01.2018 - III ZB 81/17, III ZB 82/17** (NJW 2018, 952), **Rn. 8**: "Es kommt nicht darauf an, ob der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sich auf die Aussage seiner Angestellten, die Frist sei nach telefonischer Mitteilung der Geschäftsstellenmitarbeiterin verlängert worden, verlassen durfte und aus diesem Grund keine schuldhafte Fristversäumnis vorliegt. Der Klägerin ist jedenfalls deshalb Wiedereinsetzung wegen der versäumten Berufungsbegründungsfrist zu gewähren, weil ihr Prozessbevollmächtigter vor Ablauf der bereits verlängerten Frist trotz rechtzeitigen Antrags ohne sein Verschulden keine Akteneinsicht erhalten hat."

466. Der (idealer Weise auf vier Wochen nach Akteneinsicht) gestellter Fristverlängerungsantrag sollte allerdings wenigstens gestellt sein. **BGH, 11.01.2018 - III ZB 81/17, III ZB 82/17** (NJW 2018, 952), **Rn. 13**: "Der Prozessbevollmächtigte des Berufungsführers darf deshalb dann, ***wenn er rechtzeitig einen Antrag auf Bewilligung von Akteneinsicht gestellt hat und alle Fristverlängerungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind***, mit der Begründung der Berufung insgesamt abwarten, bis ihm Akteneinsicht gewährt wurde, und anschließend innerhalb der Monatsfrist des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Begründungsfrist beantragen und die Berufungsbegründung nachholen (ebenso BGH, Beschluss vom 29. April 2004 - V ZB 33/03, BeckRS 2004, 05426; Beschluss vom 17. Januar 2012 - VIII ZB 95/11, BeckRS 2012, 05235 Rn. 8 in einem Fall, in dem dem Prozessbevollmächtigten nicht alle der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegenden Unterlagen vorlagen; Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 233 Rn. 23 Stichwort Akteneinsicht; offengelassen von BGH, Beschluss vom 7. Februar 2013 - V ZB 176/12, BeckRS 2013, 04170 Rn. 12; offen auch MüKoZPO/Stackmann, 5. Aufl., § 233 Rn. 131; wie hier für die Nichtzulassungsbeschwerde vor Änderung des § 551 Abs. 2 ZPO: BGH, Beschluss vom 26. Juli 2004 - VIII ZR 10/04, NJW-RR 2005, 143, 144)."

467. Der gestellte Fristverlängerungsantrag kann schließlich bei länger nicht gewährter Akteneinsicht durch Wiedereinsetzungsantrag in den vorigen Stand abgelöst werden. **BGH, 11.01.2018 - III ZB 81/17, III ZB 82/17** (NJW 2018, 952), **Rn. 14**: "Eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist über die gesetzlichen Voraussetzungen des § 520 Abs. 2 ZPO hinaus wegen fehlender Akteneinsicht kommt zwar vor diesem Hintergrund nicht in Betracht. Eine Wiedereinsetzung nach Wegfall des Hindernisses der fehlenden Akteneinsicht ist jedoch nicht ausgeschlossen, sofern der Akteneinsichtsantrag rechtzeitig gestellt wurde."

15.1.4 Unterschriften und Beglaubigungen

468. Beglaubigungen müssen nicht zwingend unten stehen, aber müssen den Umfang zu erkennen geben, auf den sich der Beglaubigungsvermerk erstreckt. BGH, 13.09.2017 - IV ZR 26/16 (NJW 2017, 3721), **Rn. 14+15**: "Für die Beglaubigung ist keine besondere Form vorgeschrieben (BGH, Beschlüsse vom 23. Oktober 2003 - I ZB 45/02, BGHZ 156, 335 unter I 4 [juris Rn. 26];

vom 27. Mai 1974 - VII ZB 5/74, NJW 1974, 1383 unter II a [juris Rn. 12]; vom 2. November 1961 - II ZR 98/61, BGHZ 36, 62 unter 2 [juris Rn. 7]). … Deshalb hat der Beglaubigende zu erklären, die zuzustellende Abschrift sei von ihm mit der in seinem Besitz befindlichen Vorlage verglichen worden und stimme mit dieser völlig überein (BGH, Teilversäumnisurteil vom 22. Dezember 2015 - VI ZR 79/15, BGHZ 208, 255 Rn. 13; vgl. Senatsurteil vom 7. Oktober 1959 - IV ZR 68/59, BGHZ 31, 32, 36 [juris Rn. 13]). ***Erforderlich ist ..., dass sich die Beglaubigung unzweideutig auf das gesamte Schriftstück erstreckt und mit diesem zu einer Einheit verbunden ist*** (BGH, Beschluss vom 27. Mai 1974 - VII ZB 5/74, NJW 1974, 1383 unter II a [juris Rn. 12]; vgl. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2003 - I ZB 45/02, BGHZ 156, 335 unter I 4 [juris Rn. 26]). **[15]** … ***Wenn der Beglaubigungsvermerk aber im Übrigen eindeutig erkennen lässt, dass er sich auf den ganzen Inhalt eines Dokuments erstreckt***, schließt dies auch ein Anbringen des Vermerks neben dem zu beglaubigenden Text (vgl. RGZ 164, 52, 54) oder auf einem besonderen Bogen nicht aus (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Februar 1974 - II ZB 13/73, NJW 1974, 861 unter I [juris Rn. 5]; vom 27. Mai 1974 - VII ZB 5/74, NJW 1974, 1383 unter II a [juris Rn. 12] für die Beglaubigung durch die angefügte Zustellbescheinigung)."

15.1.5 Bescheinigungen über Akten

469. Auskünfte über nicht vorhandene Akten unterliegen nicht dem Richterentscheid und sind deshalb (nach richtigerweise Nr. 1501 KV JVKostG) abrechnungsfähig, also auch bestellbar. LG Kleve, 27.06.2017 - 4 T 21/17 (dejure 2017,43103), **Ls., Rnn. 20, 21**: "Bei der Erteilung des sogenannten Negativattestes handelt es sich um eine Justizverwaltungsangelegenheit (mit der Folge, dass eine Gebühr nach Nr. 1401 KV JVKostG erhoben werden darf) und nicht um eine Form der Akteneinsicht nach §§ 13, 357 FamFG (mit der Folge, dass eine solche Gebühr nicht erhoben werden dürfte) **[20]** Die Mitteilung, dass keine Akten existieren, ist keine Entscheidung, die auf der Grundlage des Akteneinsichtsgesuchs ergeht und vom Richter zu treffen wäre. Denn mangels einer Akte ist eine richterliche Entscheidung obsolet. .. **[21]** … Zur Begründung hat die Bundesregierung ausgeführt: „In allen Ländern sind vermehrt Anfragen auf Erstellung von Negativattesten zu verzeichnen, durch welche bescheinigt werden soll, dass kein aktuelles Insolvenzverfahren gegen eine bestimmte Person anhängig ist. Eine vergleichbare Konstellation besteht bei Auskünften in Nachlasssachen nach § 13 FamFG. Hierbei sind insbesondere solche Auskünfte relevant, die vor allem von Banken und sonstigen Dritten in einem Erbfall angefordert werden. …"

15.1.6 Akteneinsicht nach Verfahrensende

470. Auch bei einer formell falsch ergangenen Gerichtsentscheidung kommt das formell richtige Rechtsmittel zum Zuge. BGH, 29.04.2015 - XII ZB 214/14 (NJW 2015, 1827), **Rn. 7**: "Nach allgemeiner Auffassung dürfen Verfahrensbeteiligte dadurch, dass das Gericht seine Entscheidung in einer falschen Form erlässt, keinen Rechtsnachteil erleiden. Ihnen steht deshalb sowohl das Rechtsmittel zu, das nach der Art der tatsächlich ergangenen Entscheidung statthaft ist, als auch das Rechtsmittel, das bei einer in der richtigen Form erlassenen Entscheidung zulässig wäre. Dieser Schutzgedanke der Meistbegünstigung führt allerdings nicht dazu, dass das Rechtsmittel auf dem vom vorinstanzlichen Gericht eingeschlagenen falschen Weg weitergehen müsste; vielmehr hat das Rechtsmittelgericht das Verfahren so weiter zu betreiben, wie dies im Falle einer formell richtigen Entscheidung durch die Vorinstanz und dem danach gegebenen Rechtsmittel geschehen wäre (Senatsbeschluss vom 29. Mai 2013 - XII ZB 374/11 - FamRZ 2013, 1215 Rn. 7 mwN)."

471. Nach Verfahrensende unterfallen Akteneinsichtsentscheide nicht mehr dem Spruchkörper, sondern der Gerichtsverwaltung. BGH, 29.04.2015 - XII ZB

472. (NJW 2015, 1827), **Rn. 11**: "… Hingegen ist die Aufbewahrung und Verwaltung von Gerichtsakten nach Abschluss eines Verfahrens grundsätzlich nicht Aufgabe des Spruchkörpers, der mit ihm befasst war, sondern der Gerichtsverwaltung. Dementsprechend muss gegebenenfalls ***die Gerichtsverwaltung eine Entscheidung darüber treffen, ob einem Beteiligten nach rechtskräftigem Abschluss eines Verfahrens Akteneinsicht gewährt werden soll*** (BFH NJW 2006, 399, 400; OLG

München MDR 2009, 1065; Zöller/Greger ZPO 30. Aufl. § 299 Rn. 6c; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 73. Aufl. Rn. 16 "Rechtskraft"; vgl. auch BVerfG NJW 2015, 610, 611; aA OLG Schleswig FamRZ 2013, 233; OLG Nürnberg Beschluss vom 13. Februar 2015 - 4 VA 2462/14 - juris; Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 299 Rn. 21; MünchKommZPO/Prütting 4. Aufl. § 299 Rn. 9; Wieczorek/Schütze/Assmann ZPO 4. Aufl. Rn. 9; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 36. Aufl. § 299 Rn. 1; Hk-ZPO/Saenger 6. Aufl. § 299 Rn. 3)"

15.2 Beschleunigungsgebot

473. Die Ablehnung eines Einsichtsgesuchs dritter Personen oder auch eines Verfahrensbeteiligten in einem bereits abgeschlossenen Verfahren durch die Gerichtsverwaltung stellt einen Justizverwaltungsakt dar, gegen dessen Ablehnung der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 Abs. 1 und Abs. 2 EGGVG statthaft ist. VGH Baden-Württemberg, 10.07.2020 - 2 S 623/20 (ESVGH 71, 1), **Rn. 35 + 36**: "… Unter die nach § 23 EGGVG anfechtbaren Maßnahmen fallen etwa die Übermittlung personenbezogener Daten an andere öffentliche Stellen nach Maßgabe des § 22 EGGVG und die entsprechende Auskunftsverweigerung nach § 21 EGGVG i.V.m. § 22 EGGVG. Gleiches gilt für Akteneinsichtsgesuche auf Grundlage von § 299 Abs. 2 ZPO; ***die Ablehnung eines Einsichtsgesuchs dritter Personen oder auch eines Verfahrensbeteiligten in einem bereits abgeschlossenen Verfahren durch die Gerichtsverwaltung stellt einen Justizverwaltungsakt dar, gegen dessen Ablehnung der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 Abs. 1 und Abs. 2 EGGVG statthaft ist*** (vgl. BGH, Beschluss vom 29.04.2015 - XII ZB 214/14 - juris Rn. 10 und 11). Auch für das Verpflichtungsbegehren auf Erteilung anonymisierter Entscheidungsabschriften an Dritte wird der Rechtsweg nach § 23 EGGVG bejaht (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 05.04.2017 - IV AR (VZ) 2/16 - juris). **[36]** ***Entscheidungen über Akteneinsicht in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind zwar nicht nach § 23 EGGVG (siehe die Subsidiaritätsklausel in Absatz 3), sondern nach § 58 FamFG anfechtbar. § 13 Abs. 7 FamFG differenziert anders als § 299 ZPO nicht zwischen Anträgen von Verfahrensbeteiligten und Dritten und auch nicht zwischen anhängigen und abgeschlossenen Verfahren. Die Entscheidung über die Akteneinsicht ist nicht auf die Gerichtsverwaltung übertragen, sondern dem Gericht bzw. dem Vorsitzenden vorbehalten.*** Auch für Entscheidungen über die Datenübermittlung in Strafsachen ist § 23 EGGVG wegen vorrangiger Spezialregelungen nicht mehr anwendbar. Gegen die Verweigerung der Akteneinsicht oder sonstiger Auskünfte bzw. auch gegen die Verweigerung der Überlassung anonymisierter strafgerichtlicher Entscheidungsabschriften hat der Gesetzgeber den Rechtsbehelf nach § 480 Abs. 3 StPO eröffnet und damit ausdrücklich den Rechtsweg zu den Strafgerichten eröffnet (vgl. BGH, Beschluss vom 20.06.2018 - 5 AR(VS) 112/17 - juris, zur Überlassung anonymisierter strafgerichtlicher Entscheidungsabschriften an private Dritte). Aus der Gesamtschau dieser Regelungen wird deutlich, dass der Gesetzgeber generell für die ordentliche Gerichtsbarkeit die Überprüfung der Entscheidungen über die Informationsweitergabe bzw. Datenübermittlung an dritte Personen oder andere Stellen der Gerichtsbarkeit selbst und damit im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Sachnähe der Gerichtsbarkeit zuweist, die die rechtsprechende Tätigkeit auf dem jeweiligen Sachgebiet ausübt."

474. Verfahrensverzögerung kann Rechtsbeugung sein. **BGH, 04.09.2001 - 5 StR 92/01** (NJW 2001, 3275), **Ls.** : "Zögerliche Bearbeitung einer Rechtssache innerhalb eines objektiv vertretbaren Zeitraums ist Rechtsbeugung, wenn der Richter mit seiner Verfahrensweise aus sachfremden Erwägungen gezielt zum Vorteil oder Nachteil einer Partei handelt."

475. Umfasst die Verfahrensverzögerung eine gebotene Freilassung, kann sich der Richter der Freiheitsberaubung schuldig machen. **BGH, 04.09.2001 - 5 StR 92/01** (NJW 2001, 3275), **Kap. III**: "Ebensowenig wie der Vorsatz der Rechtsbeugung durch die Vorstellung des Täters, er handele im Ergebnis gerecht, in Frage gestellt wird, wenn sich sein Handeln in schwerwiegender Weise vom Gesetz entfernt und an eigenen Maßstäben anstelle der vom Gesetzgeber statuierten ausrichtet (vgl. BGHSt 32, 357, 360), kann den Richter eine solche Vorstellung bei idealkonkurrierenden Delikten entlasten. Die Anordnung freiheitsberaubender Maßnahmen zu Lasten des Bürgers ist ebenso wie

ihre Aufrechterhaltung nur im Rahmen eines ordnungsgemäßen justizförmigen Verfahrens zulässig, zu dem auch die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes unter Beachtung des Beschleunigungsgebots gehört. Sollte der neue Tatrichter daher auf der Grundlage rechtsfehlerfrei getroffener Feststellungen erneut zu dem Ergebnis gelangen, daß der Angeklagte durch eine verzögerte Weiterleitung der Beschwerden an das Oberlandesgericht die Freilassung der inhaftierten Zuhörer zu einem früheren Zeitpunkt gezielt verhindert hat, wird der Angeklagte auch wegen tateinheitlich begangener Freiheitsberaubung zu verurteilen sein."

476. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gebietet auch das angemessen zügige Gerichtsverfahren. BVerfG, 14.10.2003 - 1 BvR 901/03 (NVwZ 2004, 334), **Rn. 9+10**: "a) ***Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, das für die Verwaltungsgerichte aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitet wird, verlangt, dass Gerichtsverfahren in angemessener Zeit beendet sind*** (vgl. BVerfGE 60, 253 <269>; 93, 1 <13>). Dies entspricht auch den Anforderungen aus Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [MRK] an Gerichtsverfahren in einem demokratischen Rechtsstaat (vgl. EGMR, NJW 1997, S. 2809 <2810>). Es gibt allerdings keine allgemein gültigen Zeitvorgaben. Ob eine Verfahrensdauer noch angemessen ist, hängt von mehreren Faktoren ab. Dies sind vor allem die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache (vgl. BVerfGE 46, 17 <29>), die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 1997, S. 2811 <2812>), die Schwierigkeit der Sachmaterie, das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere Verfahrensverzögerungen durch sie, sowie die gerichtlich nicht zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 2001, S. 214 <215>; vgl. auch EGMR, NJW 2001, S. 213 f.). ***Dagegen kann sich der Staat nicht auf solche Umstände berufen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen. Er muss alle notwendigen Maßnahmen treffen, damit Gerichtsverfahren zügig beendet werden können.***"

15.3 Beweis: Antritt, Beweislastregeln, Beweislastumkehr

477. Der Beweisbeschluss zum Zeugenbeweis (Zeugenladung) kann nicht unter Hinweis auf die beabsichtigte Parteivernehmung verbleiben. BGH, 09.11.1990 - V ZR 194/89 (NJW 1991, 1181), **Ls. 1**: "Die Nichtzulassung verspäteten Zeugenbeweises ist ermessensfehlerhaft, wenn die Verzögerung des Verfahrensbeschlusses damit begründet wird, der Verhandlungstermin sei bereits durch eine Parteivernehmung zum selben Beweisthema ausgelastet."

478. Die Parteivernehmung ist in der Regel das letzte Mittel. BGH, 09.11.1990 - V ZR 194/89 (NJW 1991, 1181), **Kap. II 2. b**: "Die von den Klägern beantragte ***Vernehmung des Gegners als Partei kam nach § 445 Abs. 1 BGB erst in Betracht, wenn*** der Zeugenbeweis zur Feststellung der Behauptung nicht hinreichte. Auch eine ***Parteivernehmung von Amts wegen*** nach § 448 ZPO setzte im Streitfalle die Vernehmung der von den Klägern angebotenen Zeugen voraus."

479. Pauschales Bestreiten aus dem eigenen Wahrnehmungsbereich ist mit Nichtwissen ohne Nachforschung unzulässig. Max Rust 2021, Die Substantiierungslast im Zivilprozess, (Link), **2. Teil, 2. Kap., B-I+II, (S. 144ff)**: "Der Gedanke geht also dahin, dass eine Nachforschungspflicht der Partei nur dort besteht, wo ihre Aussage das Beweismittel ist, was nach Wegfall des Parteieides nur im Rahmen einer – subsidiären – Parteivernehmung gem. §§ 445 ff. ZPO der Fall ist. Mithin müsste die Partei bis zu einer etwaigen Parteivernehmung keine Nachforschungen in ihrem eigenen Wahrnehmungsbereich tätigen. Der Sinn eines solchen Verhaltens würde sich allerdings darin erschöpfen, mit den Nachforschungen in der Hoffnung zuzuwarten, das Gericht werde sich fälschlicherweise bereits an Hand anderer Beweismittel vom Gegenteil überzeugen, sodass eine Parteivernehmung gem. § 445 Abs. 2 ZPO unterbleibt – eine frühzeitige Nachforschung könnte dagegen zu dem unangenehmen Ergebnis führen, dass die vom Gegner behauptete Tatsache richtig ist und mithin unstreitig gestellt werden muss. Ein solches Verhalten kann als antizipierte Beweisvereitelung[220] keine Billigung finden: ***Wer Nachforschungen zu Tatsachen verweigert, die sich in seinem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben sollen, gibt zu verstehen, dass er die Wahrheit dieser Tatsachen für möglich hält und die Nachforschungen nur deshalb unterlässt, um eine Wahrheitsfindung zu***

erschweren.[221] Eine Nachforschungspflicht ist daher vor einer Beweisaufnahme bereits auf Ebene des § 138 ZPO anzunehmen. … **[II**, vgl. BGH, Urt. v. 9.12.2016 – V ZR 124/16, III 2c, NJW-RR 2017, 527, 530!**]** Bei Vorgängen im eigenen „Geschäfts- oder Verantwortungsbereich“ besteht eine solche [Nachforschungs-] Pflicht [sehr wohl]."

480. Beamte als Zeugen brauchen erst eine Aussagegenehmigung von ihrem Vorgesetzten. Diese kann eingeschränkt oder verweigert werden und sogar zum Platzen von Prozessen führen. **BGH 5_StR_383/06** (NJW 2007, 3010), **Rn. 10**: "… Zudem sei es in Ansehung des verfassungsrechtlichen Stellenwerts des Äußerungsrechts der Angeklagten nicht hinzunehmen, dass diese vor der Beratung mit ihren Verteidigern mit der Senatsverwaltung für Inneres oder mit der Polizei Rücksprache zu nehmen hätten. Dies stelle eine externe Steuerung des Strafprozesses durch die Exekutive dar, die dem Rechtsstaat fremd sei. Auch würden den Angeklagten schwere Straftaten vorgeworfen, so dass ihnen Freiheitsstrafen sowie der Verlust ihres Amtes und ihrer beruflichen Reputation drohten."

481. Die Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht gründet auf der Unzumutbarkeit, des vollen Kausalitätsbeweises für den Geschädigten. BGH, 04.04.2019 - III ZR 35/18 (NJW 2019, 1809), **Rn. 18+19**: "***Im Arzthaftungsrecht*** führt ein grober Behandlungsfehler, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, regelmäßig ***zur Umkehr der objektiven Beweislast*** für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Fehler und dem Gesundheitsschaden (vgl. nur BGH, Urteil vom 10. Mai 2016 - VI ZR 247/15, BGHZ 210, 197 Rn. 11 mwN; siehe auch § 630h Abs. 5 BGB). ***Diese beweisrechtlichen Konsequenzen knüpfen daran an, dass*** die nachträgliche Aufklärbarkeit des tatsächlichen Behandlungsgeschehens wegen des besonderen Gewichts des ärztlichen Fehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in einer Weise erschwert ist, dass der Arzt nach Treu und Glauben - also aus Billigkeitsgründen - ***dem Patienten den vollen Kausalitätsnachweis nicht zumuten kann***. Die Beweislastumkehr soll einen Ausgleich dafür bieten, dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen wegen der elementaren Bedeutung des Fehlers besonders verbreitert oder verschoben worden ist (BGH, Urteil vom 10. Mai 2016 aaO mwN). **[19]** b) Diese Grundsätze gelten nach der Senatsrechtsprechung wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage entsprechend bei grober Verletzung von Berufs- oder Organisationspflichten, sofern diese, ähnlich wie beim Arztberuf, spezifisch dem Schutz von Leben und Gesundheit anderer dienen. ***Wer eine solche besondere Berufs- oder Organisationspflicht, andere vor Gefahren für Leben und Gesundheit zu bewahren, grob vernachlässigt hat, kann nach Treu und Glauben die Folgen der Ungewissheit, ob der Schaden abwendbar war, nicht dem Geschädigten aufbürden***. Auch in derartigen Fällen kann die regelmäßige Beweislastverteilung dem Geschädigten nicht zugemutet werden. ***Der seine Pflichten grob Vernachlässigende muss daher die Nichtursächlichkeit festgestellter Fehler beweisen***, die allgemein als geeignet anzusehen sind, einen Schaden nach Art des eingetretenen herbeizuführen (zB Senat, Urteile vom 11. Mai 2017 - III ZR 92/16, BGHZ 215, 44 Rn. 24 und vom 23. November 2017 - III ZR 60/16, BGHZ 217, 50 Rn. 24)."

482. Auf die Benennung von Zeugen finden nicht die Grundsätze der sekundären Darlegungslast Anwendung, sondern die der Beweisvereitelung, denn die Zeugenbenennung ist nicht Tatsachenvortrag, sondern ein Element der Beweisführung. Die Beweisvereitelung wiederum setzt ein Verschulden voraus, das gering ist, wenn der Zeuge von der nicht beweispflichtigen Partei lediglich verspätet benannt wird, kann aber zu Beweiserleichterungen führen, die bis hin zur Beweislastumkehr reichen können. BGH, 17.01.2008 - III ZR 239/06 (NJW 2008, 982), **Ls. c + Rn. 18, 19 + 23**: "***Die Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, Namen und Anschrift eines nur ihr bekannten Zeugen mitzuteilen, kann nicht als Verletzung sekundärer Darlegungslast, sondern lediglich als Beweisvereitelung im Rahmen des § 286 ZPO gewürdigt werden.*** [18] cc) Zu Unrecht verlangt das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt der sekundären Darlegungslast von der Beklagten darüber hinaus die Preisgabe von Namen und ladungsfähiger Anschrift der Zeugin. ***Die Benennung eines Zeugen mit den nach § 373 ZPO notwendigen Angaben einschließlich dessen ladungsfähiger Anschrift ist nicht mehr Teil des den Parteien obliegenden Tatsachenvor-***

trags, sondern Element der sich daran anschließenden und auf dem Parteivorbringen beruhenden Beweisführung*.** Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast finden darum hierauf keine Anwendung. Die Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, einen nur ihr bekannten Zeugen ohne triftigen Grund namhaft zu machen, kann daher nur im Rahmen der Beweiswürdigung als Beweisvereitelung zu deren Lasten berücksichtigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1960 - VI ZR 220/58 - NJW 1960, 821; MünchKomm/ Prütting, ZPO, 3. Aufl., § 286 Rn. 81; Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 28. Aufl., § 286 Rn. 19). [19] c) Ob der Beklagten bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht in diesem Sinne eine schuldhafte Beweisvereitelung zur Last fiel, lässt der Senat offen. ***Eine solche Beweisvereitelung hätte jedenfalls nicht wie mangelndes (substantiiertes) Bestreiten ohne weiteres dazu geführt, dass nunmehr nach § 138 Abs. 3 ZPO vom Klägervortrag auszugehen wäre. Diese Feststellung wäre vielmehr allein auf der Grundlage des § 286 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände möglich gewesen. [23] bb) ***Eine Beweisvereitelung setzt indessen weiter voraus, dass die Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht***. Das Verschulden muss sich dabei sowohl auf die Zerstörung oder Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen (BGH, Urteil vom 23. November 2005 - VIII ZR 43/05 - NJW 2006, 434, 436 m.w.N.). In Fällen, in denen es um die verweigerte Entbindung eines Zeugen von seiner Schweigepflicht ging, hat der Bundesgerichtshof ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten gefordert (Urteil vom 27. Januar 1988 - IVb ZR 82/86 - NJW-RR 1988, 962, 964; Senatsbeschluss vom 26. September 1996 - III ZR 56/96 - NJW-RR 1996, 1534). Angesichts dessen, dass die Beklagte sich für ihre Rechtsauffassung auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz berufen konn-te und die Rechtslage bis dahin ungeklärt war, bestehen bereits gegen einen Schuldvorwurf Bedenken. Das mag aber auf sich beruhen. ***Als Folge einer Beweisvereitelung kämen lediglich Beweiserleichterungen in Betracht, die zwar bis zu einer Umkehr der Beweislast gehen können*** (BGH, Urteil vom 23. November 2005 aaO), für die aber alle Umstände des Falles - im Streitfall neben dem allenfalls geringen Verschulden der Beklagten auch, dass diese letztendlich doch die Identität der Zeugin offen gelegt hat - zu berücksichtigen sind. Eine solche Abwägung ist dem Tatrichter vorbehalten; das Revisionsgericht kann sie nicht nachholen."

15.4 Faires Verfahren, strukturiertes Verfahren

483. Das faire Verfahren samt seiner Beweislastregeln und der Unschuldsvermutung (Niemand darf gezwungen werden, sich selbst zu belasten) hat Verfassungsrang. **BGH 5_StR_383/06** (NJW 2007, 3010), **Rn. 25**: "… Wie der Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für seine strafrechtliche Verurteilung zu liefern, hat dieses Recht Verfassungsrang (vgl. BVerfGE 56, 37, 49). Es gehört zu den ***fundamentalen Attributen menschlicher Würde*** und zu den grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaats. Eine Beschränkung der Aussagegenehmigung, die das Recht auf Verteidigung in seinem Wesensgehalt antastet, kann als Verstoß gegen die Grundnorm des Art. 1 Abs. 1 GG von Verfassungs wegen nicht hingenommen werden. Sie träfe einen obersten in seiner Substanz nicht zur Disposition stehenden Wert (vgl. BGHSt 36, 44, 48 m.w.N.). Daraus folgt, dass ein Strafverfahren nicht durchgeführt werden darf, wenn staatliche Geheimhaltungsinteressen von großem Gewicht nicht anders als durch die Beschneidung wesentlicher Verteidigungsmöglichkeiten gewahrt werden können. …"

484. Das Gericht muss für die Verhandlung ausreichend Zeit einplanen. **BGH, 09.11.1990 - V ZR 194/89** (NJW 1991, 1181), **Kap. II 2. c)**: "Im übrigen ***hält sich ein Gericht nicht*** im Rahmen seines ***pflichtgemäßen*** Ermessens, wenn es die Sitzungstage allgemein so belastet und die Zeit für die Verhandlung der einzelnen Sachen ***so eng bemißt, daß es sich damit die Vernehmung eines Zeugen von vornherein unmöglich macht*** und alsdann mit dieser Verfahrensweise die Nichtzulassung des Beweismittels begründet (BGH Urt. v. 16. Mai 1974, II ZR 36/73, NJW 1974, 1512). … verspäteter Vortrag verzögert den Rechtsstreit dann nicht, wenn dieser weder bei Zulassung des Vorbringens noch bei Nichtzulassung entscheidungsreif ist (BGH, Urt. v. 24. November 1988, VII ZR 313/87, BGHR ZPO § 296 Abs. 1 - Verzögerung 2)."

485. Von der Teilnahme an der eigenen Verhandlung abgehalten (ausgeladen) zu werden, ist nicht unbedingt ein Verfahrensmangel. BVerwG, 13.02.1979 - 3 CB 78.78 (dejure 1979,7023), **Rn. 2**: "Abgesehen von Angriffen gegen die materielle Richtigkeit des angefochtenen Urteils, mit denen weder eine Nichtzulassungsbeschwerde noch eine Verfahrensrevision begründet werden kann, ***rügt der Kläger als vermeintliche Verfahrensmängel lediglich***, dass im angefochtenen Urteil für den Ausschluss der Berufung keine gesetzlichen Vorschriften angegeben seien, ***daß er zum Verhandlungstermin am 25. August 1978 zunächst geladen und dann wieder "ausgeladen" worden sei*** und schließlich ohne weitere Angaben im einzelnen, dass das Verwaltungsgericht "den Beweisantritten nicht nachgegangen" sei."

486. Das Gericht kann auch zur Abschichtung des Streitstoffs mit Fristsetzung zu einzelnen Punkten auffordern. Max Rust 2021, Die Substantiierungslast im Zivilprozess, (Link), **3. Teil, A (S. 197)**, "… In der Gesetzesbegründung zu § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO heißt es knapp, das Gericht könne zum Zweck der Strukturierung Fristen setzen. Gedacht ist dabei offenbar an Fälle, in denen zu einem bestimmten Punkt nicht rechtzeitig vorgetragen wird. … Was der Richter bei ungeordnetem Vorbringen noch an Zuordnungsarbeit leisten muss, bevor er vor dem vorhandenen Tatsachenstoff die Augen verschließen darf, führt zum Ausgangspunkt, nämlich der Frage der Zumutbarkeit zurück. Aus naheliegenden Gründen erscheint es untunlich, dem Richter die Entscheidung hierüber gleichsam als „Zensor in eigener Sache“ zu überantworten (m.w.N.)."

487. Ein Gericht darf sich nicht einfach an andere vorausgegangene Entscheidungen anhängen. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 129**: "Die Berufung meint, wenn die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens der Beklagten so evident gewesen wäre, hätte sie in Kenntnis dieser Entscheidung sowohl dem Bundesgerichtshof als auch den mit den Wiederaufnahmeanträgen befassten Gerichten auffallen müssen. ***Bereits der Umstand, dass keinem der mit der Revision bzw. Wiederaufnahme befassten Gerichte die angebliche evidente Fehlerhaftigkeit des Gutachtens aufgefallen sei, spreche gegen die grob fahrlässige Erstattung eines falschen Gutachtens durch die Beklagte (Bd. IV Bl. 666 d. A. Abs. 5). Mit dieser Begründung lässt sich grobe Fahrlässigkeit nicht verneinen.***"

488. Bei der Abfassung von Urteilsgründen soll das Wesentliche vom Unwesentlichen getrennt werden. Das hier kritisierte Urteil tat dies nicht und kam daher auf fast 1.300 Seiten. Dabei lage von 8 Personen 12 bandenmäßig begangene Einzeltaten zugrunde, die überwiegend geständig waren und nur die Bandenabrede und die Tatmotivation bestritten. BGH, 30.05.2018 - 3 StR 486/17 (NStZ-RR 2018, 256), **Ergänzende Bemerkung**: "Zur Abfassung von Urteilsgründen hat der Bundesgerichtshof - wie vom Generalbundesanwalt und von einigen der Verteidiger zu Recht aufgeführt - bereits mehrfach entschieden, dass die Urteilsgründe nach § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben müssen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden; die Sachverhaltsschilderung soll ***kurz, klar und bestimmt sein und alles Unwesentliche fortlassen***. … Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung nötigt das angefochtene, knapp **1.300 Seiten** lange Urteil zu dem Hinweis, dass mit dieser Rechtsprechung nicht bloß unverbindliche stilistische Maßgaben aufgestellt werden sollen, sondern dass es sich insoweit um die einzuhaltenden gesetzlichen Vorgaben des § 267 Abs. 1-3 StPO handelt. … Angesichts der zur Verurteilung gelangten ***zwölf Einzeltaten*** und der allenfalls durchschnittlich schwierigen Beweislage - die Angeklagten haben die ihnen zur Last gelegten Taten ***ganz überwiegend gestanden und lediglich die Bandenabrede sowie die Tatmotivation*** (Unterstützung islamistischer bzw. jihadistischer Bestrebungen in Syrien) bestritten - lässt der Umfang der Feststellungen mit gut 400 Seiten sowie der "Beweiswürdigung", die insgesamt mehr als 720 Seiten lang ist, nur den Schluss zu, ***dass die Urteilsverfasser nicht die notwendige gedankliche Vorarbeit verrichtet haben, eine wertende Auswahl zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem zu treffen***. Gerade darin liegt aber die unverzichtbare geistige Leistung, die von einem Richter zu verlangen ist (vgl. Meyer-Goßner/Appl, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl., Rn. 270a). Im Übrigen zeigt sich in der dargelegten Vorgehensweise auch ein bedenklicher Umgang mit den Ressourcen der Justiz. ***Das Urteil hat gleichwohl Bestand, weil es dem Senat letztlich doch noch möglich war, aus der Vielzahl überflüssiger Ausfüh-***

rungen diejenigen herauszufiltern, derer es zum Beleg der jeweiligen Schuld- und Rechtsfolgenaussprüche bedurfte."

15.5 Einsicht in Geschäftsverteilungspläne (GVPen)

489. Auch in spruchkörperinterne Geschäftsverteilungspläne kann Jedermann Einsicht nehmen. Es gibt aber keinen Rechtsanspruch auf Übersendung derselben. BGH, 25.09.2019 - IV AR (VZ) 2/18 (NJW 2019, 3307), **Ls. 1-3**: "Über die Einsichtnahme in einen spruchkörperinternen Geschäftsverteilungsplan hat der Präsident oder aufsichtführende Richter des jeweiligen Gerichts zu entscheiden. **[2]** Die Einsichtnahme setzt nicht die Darlegung eines besonderen Interesses voraus. **[3]** Über das Ersuchen auf Übersendung eines Ausdrucks oder einer Kopie des Geschäftsverteilungsplans ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden."

490. Über die Übersendung von spruchkörperinternen Geschäftsverteilungsplänen ist nach pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. BGH, 25.09.2019 - IV AR (VZ) 2/18 (NJW 2019, 3307), **Rn. 25**: "***Das bedeutet allerdings nicht, dass die Übersendung eines Ausdrucks oder einer Kopie eines spruchkörperinternen Geschäftsverteilungsplans unzulässig wäre.*** Wenn der nach §§ 21g Abs. 7, 21e Abs. 9 Halbsatz 1 GVG Einsichtsberechtigte um eine vom Gesetz nicht vorgesehene Art des Zugangs zu einem Geschäftsverteilungsplan ersucht, ist ***hierüber nach pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden*** (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 27. Juni 2019 12 VA 1/19 unter III (n.v.); OLG Hamburg, Beschluss vom 26. Juni 2019 2 VA 5/19 unter II 2 b cc (n.v.); OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. März 2019 - 14 VA 2/19, juris Rn. 13; OLG Oldenburg, Beschluss vom 18. März 2019 - 4 VA 4/19 unter II (n.v.); siehe ferner (zum allgemeinen Verwaltungsrecht) BGH, Beschluss vom 14. Juli 2015 KVR 55/14, NJW 2015, 3648 Rn. 14 ff.; BVerwGE 84, 375 unter 5 [juris Rn. 29]; Ritgen in Knack/Henneke, VwVfG 10. Aufl. § 29 Rn. 88; Ramsauer in ders., VwVfG 19. Aufl. § 29 Rn. 41; Kallerhoff/Mayen in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG 9. Aufl. § 29 Rn. 18, 36). Dabei ist es denkbar, dass dem Einsichtsberechtigten nach den Grundsätzen der Ermessensreduzierung auf null oder der Selbstbindung der Verwaltung (vgl. hierzu allgemein BVerwGE 155, 192 Rn. 31; BVerwGE 148, 48 Rn. 55; jeweils m.w.N.) sogar ein Anspruch darauf zusteht, dass ihm der Geschäftsverteilungsplan in der begehrten, von §§ 21g Abs. 7, 21e Abs. 9 Halbsatz 1 GVG nicht vorgesehenen Art zugänglich gemacht wird. Hierfür ist im Streitfall allerdings nichts ersichtlich."

15.6 Prozessfähigkeit

491. Die Prozessfähigkeit muss vor einem Sachurteil geprüft sein. BGH, 10.10.1985 - IX ZR 73/85 (NJW-RR 1986, 157), **Rn. 19+20**: "... Bevor die Frage geklärt ist und die Prozeßfähigkeit des Beklagten feststeht, darf eine Sachentscheidung nicht ergehen. [20] … Im vorliegenden Fall erscheint die Zurückverweisung angebracht, weil die Prozeßfähigkeit bisher tatrichterlich überhaupt nicht geprüft worden ist."

15.7 Prozesskostenhilfe

492. Über Prozesskostenhilfe muss schneller als in 5½ Jahren entschieden werden. **BVerfG, 14.10.2003 - 1 BvR 901/03** (NVwZ 2004, 334), **Rn. 13**: "… Angesichts dieser Umstände ist eine Verfahrensdauer von fünfeinhalb Jahren in einer Prozesskostenhilfesache im Sozialhilfebereich verfassungsrechtlich nicht mehr hinzunehmen."

493. Das Prozesskostenhilfeverfahren soll abschließend nicht strittige Rechts- oder Tatsachenfragen klären, sondern nur die Bedürftigkeit, um den Zugang zum Gericht unter dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit zu entsprechen. **BVerfG, 14.10.2003 - 1 BvR 901/03** (NVwZ 2004, 334), **Rn. 15+16**: "a) Die Prozesskostenhilfe soll das Gebot der Rechtsschutzgleichheit, das für verwaltungsgerichtliche Verfahren aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG folgt, verwirklichen, indem sie Bemittelte und Unbemittelte ***in den Chancen ihrer Rechtsverfolgung gleichstellt*** (vgl. BVerfGE 78, 104 <117 f.>; 81, 347 <357>). Da dieses Verfahren den grundgesetzlichen gebotenen Rechtsschutz nicht selbst bietet, sondern erst zugänglich macht, dürfen die Anforderungen, insbesondere an den Vortrag der Beteiligten, nicht überspannt werden (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, NJW 2003, S. 576). Insbesondere sollen hier keine strittigen Rechts- oder Tatsa-

chenfragen geklärt werden (sie oben unter 1 a). **[16]** ***Anders als die Erfolgsaussichten sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Prozesskostenhilfeverfahren abschließend zu prüfen.*** ..."

15.8 Gehör, Vergewisserung, Hinweispflicht, Streitstoffkenntnis, Befassung; Ignoranz

494. Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör, d.h. auch zur Rechtslage. BVerfG, 19.05.1992 - 1 BvR 986/91 (BVerfGE 86, 133), **Ls. 1**: "Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) gewährleistet den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich ***nicht nur zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern***. Es verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozeßbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielzahl vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte (Anschluss an BVerfGE 84, 188)."

495. Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht auch zur Rechtslage. OLG Hamm, 07.06.2013 - II-11 WF 86/13 (MDR 2013, 1425), **Rn. 18**: "Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet umgekehrt das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Geht das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen (vgl. BVerfG, Entscheidung vom 19.05.1992 - 1 BvR 986/91 - BVerfGE 86, 133; BVerfGE 47, 182)."

496. Das Gericht muss bei Missverstehen eines Hinweises präzisieren und erneute Stellungnahmegelegenheit gewähren. BGH, 25.06.2002 - X ZR 83/00 (NJW 2002, 3317), **Ls. a**: "Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht, indem es ... pauschale Hinweise erteilt; vielmehr muss es die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag ... unmissverständlich hinweisen und ... die Möglichkeit eröffnen, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Erforderlichkeit ergänzenden Vortrags von der Bewertung des Gerichts im Einzelfall abhängt. Erweist sich, dass die Parteien einen Hinweis falsch aufgenommen haben, so muss das Gericht diesen präzisieren und der Partei erneut Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Das gleiche gilt dann, wenn das Gericht von seiner in einer gerichtlichen Verfügung geäußerten Auffassung später abweichen will."[Bernd Rieder]

497. [für Burau] Gerichte müssen ihrer Hinweispflicht grundsätzlich vor der mündlichen Verhandlung nachkommen. BGH, 11.04.2018 - VII ZR 177/17 (NJW 2018, 2202), **Rn. 7 + 8**: "a) ***Das Gebot, rechtliches Gehör zu gewähren, verpflichtet das Berufungsgericht dazu, neues Vorbringen dann zuzulassen, wenn eine unzulängliche Verfahrensleitung oder eine Verletzung der richterlichen Hinweispflicht das Ausbleiben des Vorbringens oder von Beweisanträgen in der ersten Instanz mitverursacht hat***. Ist im Urteil des erstinstanzlichen Gerichts Vortrag zu einem entscheidungserheblichen Punkt mangels hinreichender Substantiierung zurückgewiesen oder eine Partei als beweisfällig angesehen worden, ohne dass ihr durch einen nach der Prozesslage gebotenen Hinweis Gelegenheit zur Ergänzung gegeben war, stellt sich die Zurückweisung des neuen, nunmehr substantiierten Vortrags oder neuer Beweismittel im Berufungsrechtszug als eine offenkundig unrichtige Anwendung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO dar. Ein solches Vorgehen des Gerichts kommt einer Verhinderung des Vortrags zu entscheidungserheblichen Punkten gleich und stellt daher einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG dar (vgl. BGH, Beschluss vom 7. März 2013 - I ZR 43/12, juris Rn. 11 m.w.N.). So liegt der Fall hier. **[8]** b) Das Landgericht ist seiner Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO nicht hin-reichend nachgekommen. Das Gericht muss - in Erfüllung seiner prozessualen Fürsorgepflicht - gemäß § 139 Abs. 4 ZPO Hinweise auf seiner Ansicht nach entscheidungserhebliche Umstände, die die betroffene Partei erkennbar für unerheblich gehalten hat, grundsätzlich so frühzeitig vor der mündlichen Verhandlung erteilen, dass die Partei die Gelegenheit hat, ihre Prozessführung darauf einzurichten und schon für die anstehende mündliche Verhandlung ihren Vor-trag zu ergänzen und die danach erforderlichen

Beweise anzutreten. Erteilt es den Hinweis entgegen § 139 Abs. 4 ZPO erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei genügend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben. Das Gericht darf das Urteil in dem Termin erlassen, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, wenn die Partei in der mündlichen Verhandlung ohne weiteres in der Lage ist, umfassend und abschließend Stellung zu nehmen. Ist das nicht der Fall, soll das Gericht auf Antrag der Partei Schriftsatznachlass gewähren, § 139 Abs. 5 ZPO. Wenn es offensichtlich ist, dass die Partei sich in der mündlichen Verhandlung nicht abschließend erklären kann, so muss das Gericht - wenn es nicht in das schriftliche Verfahren übergeht - auch ohne einen Antrag auf Schriftsatznachlass die mündliche Verhandlung vertagen, um Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Erlässt das Gericht in diesem Fall ein Urteil, ohne die Sache vertagt zu haben, verstößt es gegen den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juli 2013 - VII ZR 192/11, BauR 2013, 1727 Rn. 7 = NZBau 2013, 631; Beschluss vom 10. März 2011 - VII ZR 35/08, BauR 2011, 1200 Rn. 11 m.w.N.)."

498. Willkür kann dem Gericht positiv nachgewiesen werden, wenn das Gericht zuvor einen Rechtsstandpunkt vertrat, nach welchem der gemachte Tatsachenvortrag rechtlich erheblich wäre. BVerfG, 19.05.1992 - 1 BvR 986/91 (BVerfGE 86, 133), **Ls. 2**: "Geht das Gericht ***auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags*** einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, ***sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert war*** (Fortführung von BVerfGE 47, 182 [189])."

499. Die Denkmöglichkeit, dass ein und dieselbe Tatsachenlage auf unterschiedliche gerichtliche Auffassungen zur Rechtslage treffen kann, eröffnet dem einzelnen das Recht, auch dazu gehört zu werden, um darauf Einfluss nehmen zu können. BVerfG, 19.05.1992 - 1 BvR 986/91 (BVerfGE 86, 133), **Rn. 47**: "a) Der in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör ist eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken für das gerichtliche Verfahren. Der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, ***um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können*** (vgl. BVerfGE 84, 188 [190] m.w.N.). ***Da dies*** nicht nur durch tatsächliches Vorbringen, sondern auch ***durch Rechtsausführungen geschehen kann***, gewährleistet Art. 103 Abs. 1 GG dem Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern (vgl. BVerfGE 60, 175 [210, 211 f.]; 64, 135 [143]; 65, 227 [234])."

500. Das Gericht muss auf eine eigene Rechtsauffassung nur aufmerksam machen, wenn es sie selbst für exotisch hält. BVerfG, 19.05.1992 - 1 BvR 986/91 (BVerfGE 86, 133), **Rn. 48**: "Dabei kann es in besonderen Fällen auch geboten sein, den Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht der Entscheidung zugrunde legen will. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, daß der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermag, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann (vgl. für tatsächliche Gesichtspunkte BVerfGE 84, 188 [190]). Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozeßbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. ***Allerdings ist dabei zu beachten, dass das Gericht grundsätzlich weder zu einem Rechtsgespräch*** (vgl. BVerfGE 31, 364 [370]) ***noch zu einem Hinweis auf seine Rechtsauffassung verpflichtet*** ist (vgl. BVerfGE 66, 116 [147]; 74, 1 [5]). Auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, muß daher ein Verfahrensbeteiligter grundsätzlich ***alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen*** und seinen Vortrag darauf einstellen."

501. Den Kern eines Tatsachenvortrages sollte ein Gericht allerdings erkennen und darauf eingehen. BVerfG, 19.05.1992 - 1 BvR 986/91 (BVerfGE 86, 133), **Rn. 51**: "… Deshalb müssen, damit

das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG feststellen kann, im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, ***dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen*** worden ist (vgl. BVerfGE 65, 293 [295]; 70, 288 [293]). Geht das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert war (vgl. auch BVerfGE 47, 182 [189])."

502. Streitstoffkenntnis ist Richterpflicht. Wie fleißig der Einzelne die Akten liest, bleibt ihm selbst überlassen. BVerfG, 23.05.2012 - 2 BvR 610/12, 2 BvR 625/12 (NJW 2012, 2334), **Rn. 23 - 25**: "Bei der Rechtsfindung im konkreten Fall sind Aufgabe, Leistung und Verantwortung aller Mitglieder des erkennenden Gerichts völlig gleich (BVerfGE 26, 72 <76>). ***Voraussetzung für jede Beratung und Entscheidung einer Kammer oder eines Senats ist deshalb, dass alle zur Entscheidung berufenen Mitglieder des Spruchkörpers - und nicht etwa nur der Berichterstatter und der Vorsitzende - Kenntnis des Streitstoffs haben***. **[24]** Erfordert die Entscheidung im Kollegialorgan danach uneingeschränkt, dass bei der Beratung und Entscheidungsfindung alle Mitglieder des Spruchkörpers vollständig über den Sach- und Streitstand informiert sind, ist nicht ersichtlich, warum der Vorsitzende nicht auf dieser Informationsgrundlage seinen richtunggebenden Einfluss, durch den eine zusätzliche Gewähr für Güte und Stetigkeit der Rechtsprechung innerhalb der Spruchkörper geboten wird (BGHSt 2, 71 <72 f.>; 21, 131 <133>; 25, 54 <56>; BGHZ 37, 210 <212>), einbringen könnte. Ein Vorsitzender soll aufgrund seiner Sachkunde, Erfahrung und Menschenkenntnis in der Lage sein, den richtunggebenden Einfluss durch geistige Überzeugungskraft auszuüben (vgl. BGHZ 37, 210 <213>; HessVGH, Beschluss vom 26. November 1992 - 1 TG 1792/92 -, juris, Rn. 16). Die Fähigkeit des Vorsitzenden, auf die Rechtsprechung des ihm anvertrauten Spruchkörpers richtunggebenden Einfluss auszuüben, kann demgegenüber nicht von einer überlegenen inhaltlichen Kenntnis des konkret zur Entscheidung stehenden Falles abhängen. **[25]** (2) Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie die einzelnen Mitglieder des Spruchkörpers die erforderliche Kenntnis des Streitstoffs erlangen. Hierzu enthalten weder das Verfahrens- noch das Verfassungsrecht nähere Vorgaben. Die Entscheidung, ob der Spruchkörper sich mit Blick auf die Arbeitsteilung im Kollegium darauf beschränkt, durch den Berichterstatter über den maßgeblichen Sach- und Streitstand informiert zu werden, oder die Vollständigkeit und Richtigkeit des Berichterstattervortrags - allein darum geht es an diesem Punkt - dadurch sichert und verstärkt, dass ein, mehrere oder alle Mitglieder des Spruchkörpers sich den Streitstoff aus den Akten selbst erarbeiten, ist ihm überlassen und insoweit Ausfluss der richterlichen Unabhängigkeit. Diese gewährleistet die Freiheit von äußeren Einflüssen sowohl für die Entscheidung als auch den Entscheidungsprozess (vgl. Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Mai 2008), Art. 97 Rn. 21; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2008, Art. 97 Rn. 30; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl. 2011, Art. 97 Rn. 3; auch BGHZ 42, 163 <169>). ***Dabei ist es jedem Richter in Ausübung seiner Unabhängigkeit und persönlichen Verantwortung jederzeit unbenommen, sich selbst unmittelbar aus den Akten kundig zu machen***, wenn er dies für seine Überzeugungsbildung für erforderlich hält und nicht allein auf den Vortrag des Berichterstatters zurückgreifen möchte."

503. Die Frage, was eingeklagt werden soll, steht aus logischen rechtssystematischen Gründen allein zur Disposition des Klägers. LG-Bonn, 01.07.2021 - 15 O 372/20 (dejure 2021,21651), **Rn. 26**: "Der Kammer ist es verwehrt, den Antrag der Klägerin als vollständig erledigt zu betrachten, weil der Streitstoff nicht zur Disposition des Gerichtes steht." [siehe gegenüber dem Anwalt auch Rn. 18.!]

504. Schriftsätze sind zu berücksichtigen. BGH, 19.08.2010 - VII ZB 2/09 (NJW-RR 2011, 424), **LS a) zu Art. 103 GG**: "Ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör liegt auch dann vor, wenn ein Gericht versehentlich einen fristgerecht eingereichten Schriftsatz nicht berücksichtigt."

505. Tatsächliches Vorbringen darf gerichtlich ignoriert werden, aber nur soweit sich dazu im Pro-

zessrecht eine Stütze findet. BVerwG, 02.11.2007 - 3 B 58.07 (NVwZ 2008, 230), **Rn. 4**: "Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs wird verletzt, wenn ein Gericht tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten, obwohl es für seine Entscheidung erheblich ist, nicht zur Kenntnis nimmt oder bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung zieht (stRspr; vgl. Beschluss vom 18. Oktober 2006 - BVerwG 9 B 6.06 - Buchholz 310 § 108 Abs. 2 VwGO Nr. 66 Rn. 24 m.w.N.). Hiernach ist es auch fehlerhaft, wenn das Gericht tatsächliches Vorbringen zwar zur Kenntnis nimmt, aber bei seiner Entscheidung aus Gründen unberücksichtigt lässt, die im Prozessrecht keine Stütze finden. ..."

506. Die gerichtliche Aufklärungspflicht im Bereich des Gegners besteht im Zivilprozess und *auch* im Verwaltungsprozess. BVerwG, 02.11.2007 - 3 B 58.07 (NVwZ 2008, 230), **Rn. 6**: "… Gerade wenn tatsächliche Umstände aus dem Bereich des Gegners in Rede stehen, kann ein Beteiligter ***auch*** im Verwaltungsprozess verlangen, dass das Gericht seine Entscheidung nicht ohne eigene Überprüfung auf die Darstellung des gegnerischen Prozessvertreters im Termin stützt. In solchen Fällen ist dem Beteiligten mangels eigener Kenntnis die bestimmte Behauptung des Gegenteils oder ein Beweisantritt für das Gegenteil gar nicht möglich. ..."

507. Die Unterlassung der Widerlegung von Argumenten macht die Gehörsverletzung grundsätzlich entscheidungserheblich. BGH, 19.08.2010 - VII ZB 2/09 (NJW-RR 2011, 424), **LS b) zu Art. 103 GG**: "Berücksichtigt ein Beschwerdegericht eine fristgerecht eingereichte Beschwerdebegründung nicht, die sich mit der angefochtenen Entscheidung argumentativ auseinandersetzt, ist der Gehörsverstoß grundsätzlich entscheidungserheblich."

508. Das Fehlen jeglicher Auseinandersetzung mit Einwendungen stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. OLG Hamm, 07.06.2013 - II-11 WF 86/13 (MDR 2013, 1425), **Rn. 16**: "Dadurch, dass sich der mit der Sache befasste Richter in seinem Teilbeschluss vom 14.6.2012 mit den wesentlichen und für den Rechtsstreit relevanten Einwendungen des Antragsgegners nicht einmal ansatzweise auseinandergesetzt hat, hat er das rechtliche Gehör des Antragstellers verletzt"

509. Rechtliche Ausführungen können auch noch nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden. OLG Hamm, 07.06.2013 - II-11 WF 86/13 (MDR 2013, 1425), **Rn. 15**: "Dem steht auch nicht entgegen, dass das Argument, ... erst in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 31.5.2012 (Bl.48 GA) enthalten war; da es sich insoweit um bloße Rechtsausführungen handelt, fallen derartige Äußerungen nicht unter den Rechtzeitigkeitsgrundsatz des § 282 ZPO (vgl. allgemein etwa Greger, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 282 Rdn. 2b), können also auch noch nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden."

510. Die Partei hat kein Recht darauf, vor der gerichtlichen Entscheidung zu erfahren, wie das Gericht das Vorbringen (voraussichtlich) würdigen wird. BGH, 16.09.2008 - X ZB 29/07 (BGHReport 2009, 255), **Ls.** : "Der Anspruch auf rechtliches Gehör gibt den Parteien ***kein Recht darauf, vor der gerichtlichen Entscheidung zu erfahren, wie das Gericht den die Grundlage seiner Entscheidung bildenden Sachverhalt (voraussichtlich) würdigen wird***. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist daher nicht schon dann verletzt, wenn das Patentgericht nicht darauf hinweist, welchen Offenbarungsgehalt es einer in der mündlichen Verhandlung erörterten Veröffentlichung entnimmt."

511. Möglicherweise nur im Patentrecht gibt es sogar im Rechtsbeschwerdeverfahren eine Rechtsbeschwerdeerwiderung und eine weitere Replik. BGH, 16.09.2008 - X ZB 29/07 (BGHReport 2009, 255), **Rn. 11**: "… Zum Vortrag in der ***Rechtsbeschwerdeerwiderung***, der Vorsitzende des Beschwerdesenats habe in der ausführlichen mündlichen Verhandlung "natürlich" auch den Mast-Abstandhalter und dessen Relevanz für die Frage der Schutzfähigkeit angesprochen, führt die Rechtsbeschwerde in der ***Replik*** aus, den Antragsgegnern sei nicht deutlich geworden, dass das Beschwerdegericht den Offenbarungsgehalt der Druckschrift 5 in einem unzutreffenden Sinne verstehen werde. ..."

15.9 Fehlerkontrolle

15.9.1 Gericht vs. Partei

512. Die Verantwortung für gerichtliche Abläufe liegt beim Gericht. 1 BvR 509/11 (NJW 2012, 2869), **Rn. 12**: "Da die Zustellung von Amts wegen geschieht, sind vielmehr die Parteien vor Nachteilen durch Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs zu bewahren, weil diese Verzögerungen von ihnen nicht beeinflusst werden können (BGHZ 103, 20 <28 f.>; 145, 358 <362>; 168, 306 <310 f.>) … Dies soll auch dann gelten, wenn es zu mehrmonatigen Verzögerungen kommt, da sich der Kläger Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht sind, grundsätzlich nicht zurechnen lassen muss (BGHZ 103, 20 <28 f.>; 145, 358 <363>; 168, 306 <310 f.>)."

513. Dennoch meinen manche Gerichte, dass man sie kontrollieren müsse. 1 BvR 509/11 (NJW 2012, 2869), **Rn. 15**: "Demgegenüber ***ging das Oberlandesgericht*** im vorliegenden Fall ***davon aus***, ***dass die Beschwerdeführerin verpflichtet war, das Gericht zu kontrollieren*** und damit auf eine ***größtmögliche Beschleunigung*** hinzuwirken, obwohl diese bereits alles Erforderliche getan hatte. Damit weicht das Oberlandesgericht offensichtlich von der genannten Entscheidung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 12. Juli 2006 (a.a.O.) ab. Zwar hat sich das Oberlandesgericht in seinem Beschluss ebenfalls auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofs berufen, und zwar auf die Urteile vom 1. April 2004 (a.a.O.) und vom 27. April 2006 (a.a.O.); in Bezug auf diese Entscheidungen ist keine aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beanstandende Abweichung ersichtlich."

514. Auch auf Seiten des Gerichts ist ein Missverstehen möglich. BVerwG, 02.11.2007 - 3 B 58.07 (NVwZ 2008, 230), **Rn. 7**: "… Denn es bestanden erhebliche Zweifel, ob diese Darstellung zutreffend war und ob das Gericht sie richtig verstanden hatte."

515. Eine sich abzeichnende Gehörsverletzung ist zu rügen. **Max Rust 2021, Die Substantiierungslast im Zivilprozess**, (Link), **3. Teil, D (S. 203f)**, "Angesichts zahlreicher aufgedeckter Verstöße gegen das Verfahrensgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG wird man sagen können, dass blindes Vertrauen in die Arbeit der Instanzgerichte fehl am Platz ist. Der Prozessvertreter muss bereits während des Verfahrens Vorsicht walten lassen: Zeichnet sich hier schon eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ab, soll die Partei zunächst nach dem Rechtsgedanken des § 295 ZPO ihre prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen müssen, um den Verstoß noch zu verhindern oder eine Korrektur zu erwirken. Mit anderen Worten: Die Partei soll dem Gericht erklären, weshalb es gerade dabei ist, gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu verstoßen (m.w.N.). ..."

516. Die Pflicht, das Gericht auf richtige Behandlung des Verfahrens zu kontrollieren besteht nur, wo eigene Fehler zugrunde liegen (Zustellungsverzögerung wegen Mängel in der Anschrift) oder solange noch eigene Handlungen erforderlich sind (z. B. Zeugenvorschuss leisten), also dort, wo noch nicht alles getan wurde. BGH, 12.07.2006 - IV ZR 23/05 (NJW 2006, 3206), **Rn. 17-19**: "… Es gibt deshalb keine absolute zeitliche Grenze, nach deren Überschreitung eine Zustellung nicht mehr als "demnächst" anzusehen ist. Dies gilt auch dann, wenn es - wie hier - zu mehrmonatigen Verzögerungen kommt (st. Rsp., vgl. die Nachweise in BGH, Urteile vom 11. Juli 2003 aaO und vom 5. Februar 2003 - IV ZR 44/02 - VersR 2003, 489 unter II 3). Denn Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht sind, muss sich der Kläger grundsätzlich nicht zurechnen lassen (BGHZ 103, aaO m.w.N.; 145, 358, 363 m.w.N.; BGH, Urteil vom 1. April 2004 - IX ZR 117/03 - NJW-RR 2004, 1575 unter II 3 m.w.N.). … doch dürfen sie nicht unbegrenzt lange untätig bleiben, sondern müssen bei ausbleibender Vorschussanforderung beim Gericht nachfragen. … Die genannten Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter zu dem Zeitpunkt, in dem die Verzögerung eintritt, noch nicht alles getan haben, was das Verfahrensrecht von ihnen zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Zustellung fordert."

15.9.2 Nichtige Urteile, Schadenersatz und Remonstrationspflicht

517. Der Richter, der einen Beschluss nicht unterschreibt und nicht verkündet, haftet nicht, sondern das Land und evtl. die Remonstrationssäumigen Geschäftsstellenmitarbeiter. OLG

Koblenz, 07.01.2016 - 1 U 657/15 (NJW-RR 2016, 728), **Ls. 1+2; Kap. II 1.**: "1. Versucht eine Familienrichterin zweimal eine Ehe durch einen nicht unterschriebenen und sodann durch einen nicht verkündeten Beschluss zu scheiden, so haftet der Dienstherr (Land) für die entstandenen Anwaltskosten, die durch die zwei überflüssigen Beschwerdeverfahren, die jeweils zur Zurückverweisung geführt haben, entstanden sind. **[2.]** Jenseits der Haftung nach § 839 Abs. 2 BGB kann in derartigen Fällen auch eine Haftung der Mitarbeiter der Geschäftsstelle nach § 839 Abs. 1 BGB eingreifen, wenn diese auf erkennbare eklatant rechts- und gesetzwidrige Verfahrensweisen nicht hinweisen. **[Kap. II 1.]** … Nach dem bereits vorliegenden im höchsten Maße problematischen Verfahrenslauf hätten die Besonderheiten und Auffälligkeiten im Zusammenhang mit der Generierung des zweiten Beschlussentwurfes im Oktober 2012 die Mitarbeiter der Serviceeinheit (Geschäftsstelle) zu entsprechenden Rückfragen, der Äußerung von Bedenken, Remonstration veranlassen können und auch müssen. Zur Überzeugung des Senats bestand hier eindeutig eine entsprechende Amtspflicht, als der Beschluss, der den Verkündungstermin festlegte, am Tag dieses Verkündungstermins erst herausgeschickt wurde und auch kein Verkündungsprotokoll zu den Akten gelangt ist. Bei dieser Sachlage war es Pflicht, die Richterin auf die gegebene (falsche) Sachbehandlung hinzuweisen und rechtmäßiges Handeln anzuregen. …"

518. Das falsch zugestellte Versäumnisurteil ist nicht existent und auf eine Klauselerinnerung nach § 732 ZPO einzuziehen. BGH, 17.01.2002 - IX ZR 100/99 (NJW 2002, 1728), **Kap. II, 4.**: "Da sich der Beklagte mit dem Schriftsatz vom 5. April 1995 wirksam zum Prozeßbevollmächtigten der Klägerin bestellt hatte, durfte wegen § 176 ZPO das Versäumnisurteil vom 20. Juli 1995 nur an ihn zugestellt werden. Die Zustellung an die Klägerin als Partei war unwirksam (BGH, Beschl. v. 21. Dezember 1983 – IVb ZR 29/82, NJW 1984, 926). Eine Heilung des Mangels nach § 187 ZPO ist nicht möglich, weil es sich bei der Einspruchsfrist nach § 339 Abs. 1 ZPO um eine Notfrist handelt. ***Infolgedessen ist das Versäumnisurteil vom 20. Juli 1995 bislang mangels wirksamer Zustellung*** (§ 310 Abs. 3 ZPO) ***nicht existent geworden*** (vgl. BGH, Beschl. v. 5. Oktober 1994 – XII ZB 90/94, NJW 1994, 3359, 3360; Urt. v. 17. April 1996 – VIII ZR 108/95, NJW 1996, 1969, 1970). … Denn jedenfalls besteht der von der Klägerin behauptete Schaden nicht, da das Versäumnisurteil vom 20. Juli 1995 – von dessen Folgen die Klägerin freigestellt werden möchte – nicht vollstreckbar ist. Die zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilte Ausfertigung dieses Titels ist ***auf eine Klauselerinnerung nach § 732 ZPO einzuziehen*** (vgl. BGHZ 15, 190, 191; Zöller/Stöber, ZPO 22. Aufl. § 732 Rn 6)."

15.10 Vertrauen in die Rechtsprechung

15.10.1 Konsequenzen für das Gericht der laufenden Instanz

519. (Teil-)End- und Zwischenurteile sind nach § 318 ZPO auch für das Gericht selbst definitiv bindend. KG, 08.06.2006 - 15 W 31/06 (NJW-RR 2006, 1577), **Rn. 11**: "Die Autorität, auf die die Gerichte bei der Erfüllung ihrer Aufgaben angewiesen sind, und das Vertrauen, das die Bürger der Rechtsprechung entgegen bringen, verlangen, dass die abschließende Entscheidung eines Gerichts einen definitiven Charakter besitzt und allenfalls durch eine Rechtsmittelinstanz aufgehoben oder geändert werden kann (MünchKomm/Musielak, 2. Aufl., § 318 Rdnr. 1)."

15.10.2 Streitwertfestsetzung zur Rechtsbehelfsvermeidung

520. Klagen dürfen nicht willkürlich aufgeteilt werden, um den Zugang zur Rechtsmittelinstanz zu vereiteln. BVerfG, 10.07.1996 - 2 BvR 65/95 u.a. (NJW 1997, 649), **Amtl. Ls.**: "Es ist verfassungswidrig, wenn ein OLG ein Verfahren ohne ersichtlichen Grund "zur besseren Übersicht" so aufteilt, dass die Revisionssumme nicht überschritten wird."

521. 25.000 € Streitwert einer Verfassungsbeschwerde zu der Frage, ob man einen Richter vor der 'Schiefen Bahn' bewahren darf **BVerfG, 28.07.2014 - 1 BvR 482/13** (NJW 2014, 3357), **Tenor S. 4**: "Der Wert des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren wird auf 25.000 € (in Worten: Fünfundzwanzigtausend Euro) festgesetzt."

522. 160.000 € Streitwert für das Interesse von Rechtsanwälten, Notar im Nebenberuf werden zu

können. BVerfG, 21.02.2005 - 1 BvR 838/01 (dejure), **Rn.** : "Der Wert des Gegenstandes der anwaltlichen Tätigkeit wird auf insgesamt ***160.000 €*** (in Worten: einhundertsechzigtausend Euro) festgesetzt. ..."

15.10.3 Entzug des gesetzlichen Richters und Raub der Instanz gehört sanktioniert

523. Die Entziehung des gesetzlichen Richters darf nicht ohne jede Folgen bleiben. OLG-Hamburg 11 U 25/06 (dejure 2008,26775), **Rn. 90**: "Ginge man – entgegen der Auffassung des Senats – davon aus, dass das erstinstanzliche Verfahren auch bei einer ***Entziehung des gesetzlichen Richters*** verwertbar sei und hielte man ferner auch für diese Fälle am Tatbestandsmerkmal der umfangreichen oder aufwendigen Beweisaufnahme fest, so würde dies dazu führen, dass eine Entziehung des gesetzlichen Richters in der ersten Instanz stets ohne jede Folgen bliebe. Das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wäre für den Bereich der ersten Instanz nicht mehr sanktioniert, was aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich erschiene"

524. Eine Zurückverweisung soll unter darzulegender Abwägung der noch ausstehenden Beweisaufnahme erfolgen. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 94**: "Das Berufungsgericht ist gehalten, nachprüfbar darzulegen, inwieweit eine ***noch ausstehende Beweisaufnahme*** so aufwändig oder umfangreich ist, dass sie eine Zurückverweisung rechtfertigt. Dabei hat es eine Abwägung zwischen der mit einer Zurückverweisung verbundenen Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens auf der einen und dem Interesse an der Wahrung des vollen Instanzenzugs auf der anderen Seite vorzunehmen."

15.10.4 Nachahmungsgefahr und ständige Fehlerpraxis (Wiederholungsgefahr)

525. Rechtsfehler dürfen nicht das Vertrauen in die Rechtsprechung ruinieren. BGH, 27.03.2003 - V ZR 291/02 (BGHZ 154, 288), **Amtl. Ls. c)**: "Zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) ist die Revision auch dann zuzulassen, wenn das Berufungsurteil auf einem Rechtsfehler beruht, der geeignet ist, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu beschädigen. Dies ist namentlich der Fall, wenn das Berufungsurteil auf einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes in seiner Ausprägung als Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) oder auf einer Verletzung der Verfahrensgrundrechte des Beschwerdeführers beruht (Fortführung der Senatsrechtspr. , Beschl. v. 4. Juli 2002, V ZR 16/02, NJW 2002, 3029 u. V ZR 75/02, NJW 2002, 2957; Abgrenzung zu BGH, Beschl. v. 1. Oktober 2002, XI ZR 71/02, NJW 2003, 65)."

526. Die konkret dargelgte Gefahr der Nachahmung durch andere Gerichte und auch eine bereits eingerissene ständige Fehlerpraxis machen höchstrichterliche Leitentscheidungen notwendig. Ein vorsätzlicher Entzug von Verfahrensgrundrechten birgt die Gefahr, Schule zu machen, denn auch Gerichte können Versuchungen und Nötigungen erliegen. BGH, 27.03.2003 - V ZR 291/02 (BGHZ 154, 288), Rn. 13: "… Die ... Notwendigkeit einer höchstrichterlichen Leitentscheidung muß sich aus konkreten Anhaltspunkten ergeben, wie etwa aus einer ***ständigen Fehlerpraxis***, die eine Wiederholung des Rechtsfehlers durch das Gericht besorgen läßt, oder aus der ernsthaften ***Gefahr einer Nachahmung*** durch andere Gerichte (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722, S. 104; Senat, Beschl. v. 4. Juli 2002, V ZR 75/02, aaO; Beschl. v. 31. Oktober 2002, aaO; BGH, Beschl. v. 1. Oktober 2002, aaO; zu § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO: Senat, Beschl. v. 29. Mai 2002, aaO, 2474; Beschl. v. 19. September 2002, aaO; BGH, Beschl. v. 4. September 2002, VIII ZB 23/02, NJW 2002, 3783, 3784; Beschl. v. 27. November 2002, VIII ZB 33/02, NJW-RR 2002, 229; zu § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG: BGHSt 24, 15, 22). …"

527. Schadensersatzklagen dürfen nicht vorschnell abgewiesen werden, jedenfalls nicht bei greifbaren Anhaltspunkten. BGH, 27.03.2003 - V ZR 291/02 (BGHZ 154, 288), Rn. 6: "Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes setzt eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO die schlüssige Darlegung von Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen voraus (BGH, Urt. v. 15. März 1988, VI ZR 81/87, NJW 1988, 3016, 3017). Hierfür dürfen zwar keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden (BGH, Urt. 27. September 2001, IX ZR 281/00, NJW 2002, 825, 826). ***Solange***

greifbare Anhaltspunkte für die Darstellung des Klägers vorliegen, ist es nicht möglich, eine Schadensersatzklage wegen eines lückenhaften Vortrags abzuweisen (BGH, Urt. v. 2. Juli 1996, X ZR 64/94, NJW 1996, 2924, 2925). Unzulässig ist eine Schadensschätzung jedoch, wenn sie mangels greifbarer, vom Kläger vorzutragender Anhaltspunkte völlig in der Luft hinge (BGHZ 91, 243, 256 f; BGH, Urt. v. 12. Oktober 1993, X ZR 65/92, NJW 1994, 663, 665)."

15.10.5 Verstöße gegen konstituierende Grundsätze (fundamentale Prinzipien der Gerechtigkeit)

528. **BVerfG, 14.02.1968 - 2 BvR 557/62** (MDR 1968, 558), **Ls. 3**: "Einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechtes verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, dass es angewendet und befolgt wird."

16 Prozessrecht, Benehmen – Pflichten und Verhalten der Partei

16.1 Darlegungslast, Rügepflicht, Rechtzeitigkeit

529. **Man muss es gleich richtig machen. BGH 2 StR-578/16** (NStZ-RR 2019, 25), **Rn. 3**: "Das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung dient nicht der Heilung von Zulässigkeitsmängeln von fristgemäß erhobenen Verfahrensrügen."

530. **Das rechtliche Gehör gebietet die Nachvollziehbarkeit auch bei Zurückweisungen wegen Verspätung. BVerfG, 14.11.1989 - 1 BvR 956/89** (BVerfGE 81, 97), **Ls.**: "Eine von den Vorschriften des Zivilprozeßrechts abweichende Zurückweisung von Vorbringen als verspätet verletzt Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sich aus der Begründung nicht entnehmen lässt, dass die Entscheidung den Anforderungen dieser Verfahrensgewährleistung genügt."

531. **Eine Partei muss nicht ein weiteres Mal hypothetisch darlegen, wenn sie schon eine Darlegung gemacht, ignoriert und ihre mündliche Erläuterung verwehrt wurde. BGH AnwZ 51/13, Abs. 6**: "Da der Kläger nicht nur eine unzureichende Aufklärung des dem Gericht unterbreiteten Prozessstoffs, sondern die verfahrensfehlerhafte Verhinderung seiner Teilnahme an der mündlichen Verhandlung rügt, ist von ihm kein hypothetischer Sachvortrag dazu zu verlangen, was er gegebenenfalls vorgetragen hätte, wenn er hätte teilnehmen können (vgl. BVerwG, NJW 2008, 3157 Rn. 4)."

532. **Eine Rechtzeitigkeitsprüfung nach § 295 (1) ZPO erfolgt nicht, wenn Parteien auf ihr Rügerecht nicht verzichten können (§ 295 (2) ZPO). Zu unverzichtbaren Verfahrensfehlern Baudewin in Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 295 Rn. 9+10**: "***Unverzichtbare Verfahrensfehler*** sind solche, die im öffentlichen Interesse an einer geordneten Rechtspflege bestehen (BSG, BeckRS 2018, 21229, Rn. 12) oder dem Schutz der anderen Partei dienen. Sie ***sind in der Regel von Amts wegen zu beachten*** (Musielak/Voit-Huber, ZPO, § 295 Rn. 3) und lassen sich mit ex nunc-Wirkung ordnungsgemäß nachholen (Zöller-Greger, ZPO, § 295 Rn. 10). Verzicht nicht möglich (Aufzählung bei Musielak/Voit-Huber, ZPO, § 295 Rn. 3) hinsichtlich:
* Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit (BSG, BeckRS 2018, 21229, Rn. 12);
* Rechtsweg- und Zuständigkeitsfragen (Zulässigkeit des Rechtsweges, ausschließliche Zuständigkeit nach § 40 Abs. 2 ZPO, Zuständigkeit im Instanzenzug);
* ***Gesetzlicher Richter*** wegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, unterbliebene oder fehlerhafte Mitwirkung von Richtern - anders aber bei bloßem Verstoß gegen § 349 Abs. 3 ZPO (BSG, BeckRS 2019, 19463, Rn. 9; OLG Düsseldorf, BeckRS 2017, 140508, Rn. 18);
* ***Notfristen, Wiedereinsetzung***;
* gesetzlicher Voraussetzungen für Zurückweisung verspäteter Prozesshandlungen (BVerwG, BeckRS 2019, 18481, Rn. 12);
* Unterschrift unter Klage/Berufung (BAG, NJW 2019, 698 (700), Rn. 23 ff) als zwingendes Wirksamkeitserfordernis."

16.2 Benehmen

533. **"Im Kampf ums Recht" sind auch starke und eindringliche Ausdrücke erlaubt. BVerfG,**

28.07.2014 - 1 BvR 482/13 (NJW 2014, 3357), **Rn. 13**: "… Zudem ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, dass sich der Beschwerdeführer im "Kampf ums Recht" befand und ihm hierbei zur plastischen Darstellung seiner Position grundsätzlich erlaubt ist, auch starke und eindringliche Ausdrücke zu benutzen, um seine Rechtsposition zu unterstreichen, ohne jedes Wort auf die Waagschale legen zu müssen (vgl. BVerfGE 76, 171 <192>; BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. Juli 1996 - 1 BvR 873/94 -, NStZ 1997, S. 35, der 1. Kammer des Ersten Senats vom 16. März 1999 - 1 BvR 734/98 -, NJW 2000, S. 199 <200> und der 1. Kammer des Ersten Senats vom 29. Februar 2012 - 1 BvR 2883/11 -, NJW-RR 2012, S. 1002)."

534. Will man einen Verstoß gegen die rechtsanwaltliche Pflicht aus § 53 (1) BORA beweisen, so sollte man sich das Anreichen der vom Rechtsanwalt internetöffentlich gemachten seichten Urlaubsfotos gut überlegen. Auch sollte man nicht vergessen, öfter mal das Interesse der Klägerin an den Klagegegenständen zu thematisieren. **AG-Solingen, 12.07.2023 - 9 C 104/22** (dejure 2023,22284), **Rn. 12**: "Dies ist in Bezug auf den Prozessbevollmächtigten der Klägerin, Herrn Z , der Fall. Aufgrund des Vortrages des Prozessbevollmächtigten der Klägerin ist weder das eigentliche Klageinteresse zu ermitteln, noch der Lebenssachverhalt, der für das Begehr der Klägerin erheblich sein könnte, zu erfassen. Die Schriftsätze enthalten vielmehr eine Vielzahl von Ausführungen und Tatsachenschilderungen, deren inhaltlicher Zusammenhang sich kaum erschließt und dessen Bezug zu einem der Klage zugrundeliegenden Interesse der Klägerin nicht nachzuvollziehen ist. Selbiges gilt für die Vielzahl von Anlagen, die der Prozessbevollmächtigte zwischenzeitlich zur Akte gereicht hat, ***wie etwa Urlaubsfotos*** der Beklagten. Auch aufgrund der Angaben während der mündlichen Verhandlung vom 10.05.2022 war der Gegenstand der Klage nicht einzugrenzen und ***das eigentliche Interesse der Klägerin*** nicht zu erkennen. Dazu trägt auch die Vielzahl von immer wieder neu formulierten und/oder zusätzlichen Klageanträgen bei, deren Bezug und Verhältnis zueinander nicht zu erkennen ist und deren Sachdienlichkeit infolgedessen nicht gegeben ist. Gerade deswegen kann aufgrund des Vortrages des Prozessbevollmächtigten nicht beurteilt werden, ob die Klägerin, wie aus der Klageschrift ersichtlich, allein die Herausgabe von Unterlagen begehrt, inwieweit sonstige Ansprüche gegen die Beklagte aus dem früheren Mandatsverhältnis geltend gemacht werden sollen oder solche, die sich außerhalb des Mandatsverhältnisses begründen sollen und welchen Inhaltes etwaige Forderungen jeweils sein sollen."

535. Darlegungen zum Gericht sollten tunlichst geordnet, zielgerichtet und zusammenhängend erfolgen. AG-Solingen, 12.07.2023 - 9 C 104/22 (dejure 2023,22284), **Rn. 13**: "Insoweit überwiegen die Nachteile die sich für die Klägerin aus einer (weiteren) Vertretung durch ihren Prozessbevollmächtigten ergeben, da eine rechtliche Prüfung dahingehend, welche Ansprüche von der Klägerin konkret verfolgt werden und ob diese berechtigt sind, ***mangels geordneter, zielgerichteter und zusammenhängender Darstellung*** des Sach- und Streitstandes nicht möglich erscheint und die Klägerin infolgedessen Gefahr liefe, auch etwaiger berechtigter Forderungen verlustig zu werden."

17 Prozess-Instanz: Revision

536. Eine Revisionsbegründung darf Bezug auf Akten nehmen, muss dann aber ihren wesentlichen Inhalt selbst wiedergeben. **BGH 5_StR_383/06** (NJW 2007, 3010), **Rn. 15**: "… Denn die Staatsanwaltschaft hat an mehreren Stellen zur Darlegung des von ihr geltend gemachten Verfahrensfehlers auf bei den Akten befindliche Schriftstücke Bezug genommen, ohne diese in ihrem Wortlaut oder ihrem wesentlichen Inhalt nach in der Revisionsrechtfertigungsschrift mitzuteilen (vgl. BGHSt 40, 3, 5; BGH NStZ-RR 2006, 48, 49; BGH, Beschluss vom 30. September 2003 – 4 StR 315/03 – und vom 1. Juni 2006 – 4 StR 75/06, insoweit in NStZ-RR 2007, 107 nicht abgedruckt) ..."

537. Eine Revisionsbegründung kann auch 742 Seiten lang sein. **BGH 2_StR-578/16** (NStZ-RR 2019, 25), **Rn. 6**: "Die Sache mit einer Revisionsbegründungsschrift ***im Umfang von 742 Seiten*** ist am 16. März 2017 mit dem Antrag des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof eingegangen … ."

18 Prozess-Instanz: Bundesverfassungsgericht

18.1 Prüfungsmaßstab

538. Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts ist beschränkt. **BVerfG, 10.10.2001 - 2 BvR 1620/01** (NJW 2002, 814), **Rn. 2**: "… Das ***Bundesverfassungsgericht***, das kein Rechtsmittelgericht ist, ***hat die "Beruhensprüfung" nicht in den Einzelheiten zu kontrollieren*** (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 1987 - 2 BvR 677/86, NStZ 1987, S. 334 f.). …"

18.2 Voraussetzungen

539. Die verfassungsgerichtliche Befugnis wird durch die Behauptung begründet, durch öffentliche Gewalt in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein. **BVerfG, 26.04.2022 - 1 BvR 1619/17** (NJW 2022, 1583), **Rn. 93**: "1. Maßstäbe a) Die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde setzt nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG die Behauptung voraus, durch einen Akt der öffentlichen Gewalt in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein (Beschwerdebefugnis) (vgl. BVerfGE 140, 42 <54 Rn. 47>). Dazu müssen sowohl die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung (aa) als auch die eigene, unmittelbare und gegenwärtige Betroffenheit (bb) den Begründungsanforderungen nach § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG entsprechend dargelegt sein (vgl. BVerfGE 125, 39 <73>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 u.a. -, Rn. 25 – Bundesnotbremse II)."

540. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist vor einer Verfassungsbeschwerde als Anhörungsrüge zu rügen (s. a. §§ 152a VwGO, 321a ZPO). Dies gilt auch dann, wenn kein Bescheid von der richtigen Stelle vorliegt, gegen den der Widerspruch zu erheben gewesen wäre. BVerfG, 11.02.2022 - 2 BvR 723/20 (NStZ-RR 2022, 141), **Rn. 4, 5, 9 + 10**: "1. Nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs zulässig. Dabei gehört das Anhörungsrügeverfahren zum Rechtsweg, wenn der Beschwerdeführer eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG geltend macht (vgl. BVerfGE 122, 190 <198> m.w.N.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Oktober 2019 - 2 BvR 962/19 -, Rn. 3). Das gilt auch dann, wenn er die Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG zwar nicht ausdrücklich, aber der Sache nach rügt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 7. Oktober 2016 - 2 BvR 1313/16 -, Rn. 3 ff.). Eine Ausnahme kann dann vorliegen, wenn das Anhörungsrügeverfahren offensichtlich aussichtslos gewesen wäre. Eine solche offensichtliche Aussichtslosigkeit ist vom Beschwerdeführer darzulegen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Oktober 2019 - 2 BvR 914/16 -, Rn. 13). **[5]** ***Wird eine zulässige und nicht offensichtlich aussichtslose Anhörungsrüge nicht erhoben, kann der Beschwerdeführer auch die Verletzung anderer Grundrechte nicht mehr rügen, sofern die Grundrechtsverletzungen denselben Streitgegenstand betreffen*** (vgl. BVerfGE 134, 106 <113 Rn. 22>; s. ferner auch BVerfGK 5, 337 <339>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 7. Oktober 2016 - 2 BvR 1313/16 -, Rn. 13; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 14. Dezember 2018 - 2 BvR 1594/17 -, Rn. 18; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 8. Juli 2019 - 2 BvR 453/19 -, Rn. 13). Der Beschwerdeführer muss das Anhörungsrügeverfahren auch dazu nutzen, um auf die Beseitigung anderer Grundrechtsverletzungen hinzuwirken. **[9]** 3. Vor diesem Hintergrund kann dahin stehen, dass die äußerst knappe Begründung des Oberlandesgerichts im Beschluss vom 4. März 2020 eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG durchaus naheliegend erscheinen lässt. **[10]** Die Generalstaatsanwaltschaft ist davon ausgegangen, dass dem Beschwerdeführer eine Verletztenеigenschaft im Sinne von § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO nicht zukomme, und hat seinen Antrag daher als Dienstaufsichtsbeschwerde behandelt. Sowohl in seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 30. April 2019 als auch in seinem ergänzenden Schriftsatz vom 7. August 2019 hat sich der Beschwerdeführer damit auseinandergesetzt, ob im vorliegenden Fall eine Rechtsverletzung im Sinne von § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO vorlag. Das Oberlandesgericht ist in seinem Beschluss vom 4. März 2020 darauf nicht eingegangen, sondern hat die Verwerfung des Antrags ausschließlich damit begründet, dass ein Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft, gegen den sich der Beschwerdeführer im Wege des § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO

wenden könne, fehle."

541. Eine Verfassungsbeschwerde kann unzulässig sein, wenn nicht auf fachgerichtlicher Ebene einstweiliger Rechtsschutz reklamiert wurde. BVerfG, 20.04.2004 - 1 BvR 838/01 (NJW 2004, 1935), **Rn. 58**: "Dem Beschwerdeführer ***fehlt das Rechtsschutzbedürfnis***, weil er auch bei einer Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen keine Chance mehr hat, im Auswahlverfahren berücksichtigt zu werden (vgl. zum Rechtsschutzbedürfnis BVerfGE 35, 324 <334>). ***Eine Fortsetzung des Verfahrens vor den Fachgerichten kommt*** schon nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ***nicht in Betracht*** (vgl. BGH, DNotZ 1996, S. 905; DNotZ 1999, S. 252; BGHR, BNotO, § 111 n.F. Konkurrentenklage 1); dies gilt jedenfalls, ***wenn es der unterlegene Bewerber versäumt, seine Position im Wege einstweiligen Rechtsschutzes zu sichern*** (vgl. BVerwG, DVBl 2004, S. 317). ..."

18.3 Willkür

542. Der Überprüfung auf Willkür gehört jedenfalls primär nicht vor das Bundesverfassungsgericht, sondern zunächst vor die Revisions-Instanz. BVerfG, 10.10.2001 - 2 BvR 1620/01 (NJW 2002, 814), **Rn. 8**: "Der Bundesgerichtshof hätte auf die vom Beschwerdeführer hin erhobene Verfahrensrüge daher nur dann in die Sachprüfung einsteigen können und müssen, wenn mit der Revision die für eine ***Willkür-Prüfung*** erforderlichen Tatsachen vorgetragen worden wären."

543. Die Universalformeln "aus den Gründen des angefochtenen Beschlusses" sowie "es sei ein Ermessen nicht fehlerhaft ausgeübt" genügen nicht dem Willkürverbot aus Art. 3 (1) GG. BVerfG, 12.10.2009 - 1 BvR 735/09 (FamRZ 2010, 25), **Rn. 3, 4 + 9**: "Das Amtsgericht setzte den Geschäftswert für die - einverständliche – Ehescheidung ohne Begründung auf 3.000 € fest und half der hiergegen gerichteten Beschwerde des Beschwerdeführers "***aus den Gründen des angefochtenen Beschlusses***" nicht ab. **[4]** Das Oberlandesgericht wies die Beschwerde des Beschwerdeführers in der Folge mit der Begründung zurück, das Vorbringen des Beschwerdeführers rechtfertige keine abweichende Entscheidung; das Amtsgericht habe unter Berücksichtigung der im Beschluss des Oberlandesgerichts vom 26. Januar 2009 (14 WF 236/08 -, Fam- RZ 2009, S. 1173) genannten Kriterien "***sein ihm gegebenes Ermessen nicht fehlerhaft ausgeübt***". … **[9]** Die fachgerichtliche Wertfestsetzung verletzt das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Willkürverbot."

544. Das Willkürverbot aus Art. 3 (1) GG ist verletzt, wenn nur "angebliche", aber keine echten ("tragfähigen") Gründe benannt werden. Auch eine Ermessensfehlerfreiheit muss durch Anwendung von Kriterien begründet werden. BVerfG, 12.10.2009 - 1 BvR 735/09 (FamRZ 2010, 25), **Rn. 10, 13 + 14**: "***Objektiv willkürlich ist ein Richterspruch nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht***. Fehlerhafte Rechtsanwendung allein macht eine Gerichtsentscheidung jedoch nicht willkürlich. ***Willkür liegt vielmehr erst dann vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt, der Inhalt einer Norm in krasser Weise missverstanden oder sonst in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet wird*** (vgl. BVerfGE 89, 1 <13 f.>; 96, 189 <203>). **[13]** Während der Beschluss des Amtsgerichts über die Streitwertfestsetzung ***ohne jede Begründung*** ergangen ist, ***erschöpft sich der nach Beschwerdeeinlegung ergangene Nichtabhilfebeschluss des Amtsgerichts in dem Hinweis auf angebliche - aber tatsächlich nicht vorhandene - Gründe*** der angefochtenen Entscheidung. **[14]** Das Oberlandesgericht stellt wiederum ohne tragfähige Begründung fest, dass das Amtsgericht den Streitwert unter fehlerfreier Ausübung seines Ermessens zutreffend auf 3.000 € festgesetzt habe. Der zur Begründung gegebene alleinige Verweis des Oberlandesgerichts auf seine Entscheidung vom 26. Januar 2009 (14 WF 236/08) betrifft zwar einen Fall mit vergleichbaren Einkommensverhältnissen der Eheleute, der Streitwert wurde indessen in mehr als doppelter Höhe auf 6.600 € festgesetzt. Schon deshalb vermag der pauschale Verweis auf diesen - auch im Übrigen grundlegend anders gelagerten - Fall weder zu erklären, dass das Amtsgericht sein Ermessen fehlerfrei ausgeübt habe, noch lässt sich der Bezugnahme auf die im zitierten Beschluss aufgeführten Gesichtspunkte eine nachvollziehbare und vertretbare eigene Begründung für die be-

stätigte Streitwertbemessung entnehmen. Die im Beschluss vom 26. Januar 2009 genannten ***Kriterien werden auf den vorliegenden Einzelfall nicht zur Anwendung gebracht***,"x

18.4 Staatliche Fehler

545. Das faire Verfahren gebietet, organisatorische Fehler nicht zum Nachteil einer Partei werden zu lassen. **BVerfG, 06.04.1998 - 1 BvR 2194/97** (NJW 1998, 2044), **Rn. 8-10**: "Aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip wird als 'allgemeines Prozeßgrundrecht' der Anspruch auf ein faires Verfahren abgeleitet (BVerfGE 57, 250 <275>; 78, 123 <126>). Der Richter muß das Verfahren so gestalten, wie die Parteien des Zivilprozesses es von ihm erwarten dürfen: Er darf sich nicht widersprüchlich verhalten (BVerfGE 69, 381 <387>), insbesondere aber darf er aus eigenen oder ihm zuzurechnenden Fehlern oder Versäumnissen keine Verfahrensnachteile für die Beteiligten ableiten (BVerfGE 51, 188 <192>; 60, 1 <6>; 75, 183 <190>) und er ist allgemein zur Rücksichtnahme gegenüber den Verfahrensbeteiligten in ihrer konkreten Situation verpflichtet (BVerfGE 38, 105 <111 f.>; 40, 95 <98 f.>; 46, 202 <210>). … **[9]** ***Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf dem Bürger das Versagen organisatorischer und betrieblicher Vorkehrungen, auf die er keinen Einfluß hat, nicht zur Last gelegt werden*** (zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, vgl. BVerfGE 41, 23 <26>; BVerfGE 53, 25 <29> [Verzögerung der Postlaufzeit]; BVerfGE 62, 216 <221> [behördeninterner Abholdienst]). ... Nichts anderes gilt, wenn im Zivilprozeß bei Gericht ein mit einem Eingangsstempel zu versehendes Schriftstück verloren geht, mit dem eine Frist gewahrt werden soll. **[10]** … Das Verfahrensrecht dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen (vgl. BVerfGE 69, 126 <140>). …"

18.5 Art. 19 (4) Justizgewährleistungsanspruch

546. Rechtsschutz gegen öffentliche Gewalt muss nach Art. 19 (4) GG in angemessener Zeit erfolgen. **BVerfG, 01.08.2017 - 1 BvR 1910/12** (NJW 2017, 3142), **Rn. 12**: "a) ***Art. 19 Abs. 4 GG garantiert einen effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt*** (vgl. BVerfGE 67, 43 <58>; 96, 27 <39>). ***Wirksam ist Rechtsschutz dabei nur, wenn er innerhalb angemessener Zeit erfolgt***. Daher sind die Fachgerichte gehalten, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn Antragstellenden sonst eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in ihren Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfGE 93, 1 <13 f.>; 126, 1 <27 f.>). Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes durch Art. 19 Abs. 4 GG gebietet eine Auslegung und Anwendung der die Einlegung von Rechtsbehelfen regelnden Vorschriften, die die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (vgl. BVerfGE 77, 275 <284>; 78, 88 <99>). Je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtspositionen zurückgestellt werden (vgl. BVerfGE 35, 382 <402>). Die Fachgerichte dürfen den Anspruch auf gerichtliche Durchsetzung des materiellen Rechts nicht durch eine übermäßig strenge Handhabung verfahrensrechtlicher Vorschriften unzumutbar verkürzen (vgl. BVerfGE 84, 366 <369 f.>; 93, 1 <15>)."

547. Die Beurteilung eines Eilrechtsschutz gebietenden Anordnungsgrundes darf nicht schematisch erfolgen. Insbesondere weist das Gesetz deshalb keine beispielhaften oder gar abschließenden Listen auf, weil die Gerichte Einzelfallentscheidungen, bis hin zu Nachteilen "sonstiger Art", prüfen sollen. **BVerfG, 01.08.2017 - 1 BvR 1910/12** (NJW 2017, 3142), **Rn. 14-16**: "Das Landessozialgericht hat die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG und damit die Anforderungen an effektiven Eilrechtsschutz überspannt. ***Die Beurteilung des Anordnungsgrundes darf nicht schematisch erfolgen***. Das Gericht muss vielmehr prüfen, ob ein wesentlicher Nachteil im konkreten Einzelfall vorliegt (aa), weshalb auch nicht allein

auf die Erhebung der Räumungsklage abgestellt werden darf (bb). **[15]** aa) Nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG sind einstweilige Anordnungen zur Abwendung wesentlicher Nachteile zulässig. ***Der Gesetzgeber hat auf eine beispielhafte Aufzählung der Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung verzichtet, denn das Gericht soll ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien eine Einzelfallentscheidung treffen*** (vgl. BTDrucks 14/5943, S. 25). Damit begrenzt der Gesetzgeber den einstweiligen Rechtsschutz nicht auf die Beeinträchtigung bestimmter formaler Rechtspositionen, sondern verlangt eine wertende Betrachtung im konkreten Einzelfall. Entsprechend haben die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit in Verfahren des Eilrechtsschutzes zu den Kosten der Unterkunft auch unter Berücksichtigung der Zielsetzung des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II zu prüfen, welche negativen Folgen im konkreten Einzelfall drohen. **[16]** … ***Daher ist bei der Prüfung, ob ein Anordnungsgrund für den Eilrechtsschutz vorliegt***, im Rahmen der wertenden Betrachtung zu berücksichtigen, welche negativen Folgen ***finanzieller***, ***sozialer***, ***gesundheitlicher*** oder ***sonstiger Art*** ein Verlust gerade der konkreten Wohnung für die Betroffenen hätte. ..."

19 Schadenersatzrecht

(siehe auch Schadenersatz aus anwaltlicher Pflichtverletzung und Schadenersatz aus DSGVO-Verstößen!)

19.1 Schadenersatz grundsätzlich auch aus Verletzung des Persönlichkeitsrechtes

548. Bei einer nicht möglichen Wiederherstellung des früheren Zustandes (Naturalrestitution) steht den Opfern von Körperverletzungen, Freiheitsberaubungen und Sittlichkeitsvergehen die Entschädigung in Geld zu. BVerfG, 14.02.1973 - 1 BvR 112/65 (BVerfGE 34, 269), **Kap A, Nr. 1**: "***Nach § 249 BGB hat der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre***. Dieser Grundsatz der "natürlichen Wiederherstellung" (***Naturalrestitution***) gilt auch für den Ersatz nichtvermögensrechtlicher, "immaterieller" Schäden. Im Fall einer Ehrverletzung kann z. B. die Ansehensminderung des Beleidigten unter Umständen durch einen Widerruf oder durch die Veröffentlichung eines zum Widerruf verpflichtenden Urteils beseitigt werden. Eine Naturalrestitution setzt jedoch voraus, daß eine Wiederherstellung des früheren Zustandes möglich ist. Können Schäden auf diese Weise aus tatsächlichen Gründen nicht oder nur ungenügend ausgeglichen werden, so kann der Geschädigte nach § 251 Abs. 1 BGB Geldersatz verlangen. Für die immateriellen Schäden wird dieser Grundsatz indes durch § 253 BGB eingeschränkt: Eine Entschädigung in Geld kann nach dieser Vorschrift nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. Hierbei handelt es sich vor allem um das sog. Schmerzensgeld, das nach § 847 BGB den Opfern von ***Körperverletzungen***, ***Freiheitsberaubungen*** und ***Sittlichkeitsvergehen*** zusteht. ..."

549. Nach dem zweiten Weltkrieg - 1954 - wurde das Achten von Freiheit und Würde auch für den Privatrechtsverkehr obligatorisch. BVerfG, 14.02.1973 - 1 BvR 112/65 (BVerfGE 34, 269), **Kap A, Nr. 3**: "… Die Unzulänglichkeit des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wurde ***nach dem zweiten Weltkrieg besonders stark empfunden, zumal da der Nationalsozialismus den Freiheitsbereich der Persönlichkeit stärker eingeengt hatte, als man es vordem für möglich gehalten hatte***. ... Es wurde daher allgemein gebilligt, als *der Bundesgerichtshof* im Jahre 1954 das Bestehen eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts erstmals anerkannte (BGHZ 13, 334 [337 f.]). Er ***sprach aus, das durch die Art. 1 und 2 GG geschützte Recht auf Achtung der Würde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit sei auch ein bürgerlich-rechtliches, von jedermann im Privatrechtsverkehr zu achtendes Recht.*** ..."

550. Das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" wurde (ohne auf den Gesetzgeber zu warten) durch Wissenschaft und BGH dogmatisch richtig als "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 (1) BGB anerkannt und zum festen Bestandteil der Privatrechtsordnung. Die Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts füllt eben solche Lücken im Persönlichkeitsschutz aus. BVerfG, 14.02.1973 - 1 BvR 112/65 (BVerfGE 34, 269), **Kap C.I., Nr. 2:** "***Anspruchsgrundlage im vorlie-***

genden Zivilrechtsstreit war § 823 Abs. 1 BGB. Der Bundesgerichtshof bezieht in den Kreis der dort genannten Rechte auch das "***allgemeine Persönlichkeitsrecht***" ein, wobei er sich auf seine feststehende, in der Entscheidung vom 25. Mai 1954 (BGHZ 13, 334) näher begründete Rechtsprechung beruft; in dem Verhalten der Beschwerdeführer sieht er eine Verletzung dieses Rechts. Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die "Richtigkeit" dieser Rechtsprechung zu beurteilen, soweit ihre Begründung und ***Weiterentwicklung im Bereich der zivilrechtlichen Dogmatik verbleibt***. Es genügt festzustellen, daß das - vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch abgelehnte - allgemeine Persönlichkeitsrecht sich im Lauf einer ***jahrzehntelangen Erörterung in der Wissenschaft durchgesetzt*** hat und nach der in der erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vollzogenen Anerkennung nunmehr zum ***festen Bestandteil unserer Privatrechtsordnung geworden ist*** (vgl. hierzu u. a. den erwähnten Gesetzentwurf BTDrucks. III/1237, Begründung S. 6 f.; Nipperdey im Handbuch "Die Grundrechte", Bd. IV, Hlbbd. 2, 1962, S. 830; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 5 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 1 Abs. I Rdnr. 38). Das Bundesverfassungsgericht hat keinen Anlaß, dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von Verfassungs wegen entgegenzutreten. Das Wertsystem der Grundrechte findet seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde (BVerfGE 6, 32 [41]; 7, 198 [205]). Ihr gebührt Achtung und Schutz von seiten aller staatlichen Gewalt (Art. 1 und 2 Abs. 1 GG). Solchen Schutz darf vor allem die private Sphäre des Menschen beanspruchen, der Bereich, in dem er allein zu bleiben, seine Entscheidungen in eigener Verantwortung zu treffen und von Eingriffen jeder Art nicht behelligt zu werden wünscht (BVerfGE 27, 1 [6]). Diesem Schutzzweck dient im Bereich des Privatrechts auch ***die Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; sie füllt Lücken im Persönlichkeitsschutz aus, die hier trotz Anerkennung einzelner Persönlichkeitsrechte verblieben und im Laufe der Zeit aus verschiedenen Gründen immer fühlbarer geworden waren***. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung der Zivilgerichte nie beanstandet (s. besonders BVerfGE 30, 173 [194 ff.]; 34, 118 [135 f.] sowie Beschluß vom 31. Januar 1973 - 2 BvR 454/71 - Abschn. B II 2)."

551. Die Pressefreiheit steht nicht wegen jeder Ungenauigkeit oder objektiv unrichtigen Information in der Gefahr der Haftung, weil dafür eine erhebliche Beeinträchtigung und schweres Verschulden gefordert werden. BVerfG, 14.02.1973 - 1 BvR 112/65 (BVerfGE 34, 269), **Kap C.III.**: "Da erhebliche Beeinträchtigung der Persönlichkeitssphäre und schweres Verschulden gefordert werden, ist Vorsorge getroffen, daß die Sorgfaltsanforderungen an eine verantwortungsvoll arbeitende Presse nicht überspannt werden und daß nicht für jede Ungenauigkeit oder objektiv unrichtige Information gehaftet werden muß."

552. Die Fortentwicklung des Rechts durch Richter ist legitim - und deshalb auch die Entwicklung des Geldersatzes für Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes. BVerfG, 14.02.1973 - 1 BvR 112/65 (BVerfGE 34, 269), **Kap C.IV., Nr. 1**: "… ***Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung.*** Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auffassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist. Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. ***Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten;***

seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. ..."

553. Dem Richter ist wegen einer über das (ziemlich alte) Gesetz hinausgehenden Rechtsfindung kein Vorwurf zu machen, denn Richter sind nicht streng formal nur an das Gesetz gebunden, sondern nach Art. 20 (3) GG an "Gesetz und Recht". BVerfG, 14.02.1973 - 1 BvR 112/65 (BVerfGE 34, 269), **Kap C.IV., Nr. 3**: "… Dem unter Entscheidungszwang stehenden Richter kann deshalb kein Vorwurf gemacht werden, wenn er zu der Überzeugung gelangt, er dürfe nicht im Vertrauen auf eine noch ganz ungewisse künftige Intervention des Gesetzgebers formale Gesetzestreue auch um den Preis einer erheblichen Einbuße an Gerechtigkeit im Einzelfall üben."

19.2 Weitere Grundsätze des Schadenersatzes

554. Schmerzensgeld bemisst sich nach wie vor nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schädigers und des Geschädigten. BGH, 16.09.2016 - VGS 1/16 (BGHZ 212, 48), **Tenor**: "Bei der Bemessung einer billigen Entschädigung in Geld nach § 253 Abs. 2 BGB (§ 847 BGB aF) können alle Umstände des Falles berücksichtigt werden. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten können dabei nicht von vornherein ausgeschlossen werden."

555. Schmerzensgeld bemisst sich an den Folgen unter den Aspekten: Größe, Heftigkeit, Schmerzen, Leiden, Entstellungen; das Entstehen von Dauerschäden, psychischen Beeinträchtigungen und seelisch bedingten Folgeschäden. Es ist die konkrete Lebenssituation zu berücksichtigen, sogar Auswirkungen auf Freizeitgestaltung. Bloßes Addieren von Einzelwerten genügt nicht. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 211**: "Das Schmerzensgeld verfolgt vordringlich das Ziel, dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden zu verschaffen, die nicht vermögensrechtlicher Art sind (Ausgleichsfunktion). Für die Bemessung der Schmerzensgeldhöhe sind ***Größe, Heftigkeit*** und Dauer der ***Schmerzen, Leiden und Entstellungen*** die wesentlichen Kriterien. Als objektivierbare Umstände besitzen vor allem die Art der Verletzungen, Art und Dauer der Behandlungen sowie die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ein besonderes Gewicht. Hierbei zählen ***das Entstehen von Dauerschäden***, ***psychischen Beeinträchtigungen und seelisch bedingten Folgeschäden zu den maßgeblichen Faktoren*** (Senat NJW 2011, 935; 3169, 3170). Darüber hinaus sind die speziellen Auswirkungen des Schadensereignisses auf ***die konkrete Lebenssituation des Betroffenen zu berücksichtigen***. Die beruflichen Folgen der Verletzung und ihre ***Auswirkungen auf die Freizeitgestaltung*** des Geschädigten sind Faktoren bei der Bestimmung des Schmerzensgelds (Senat NJW 2011, 933, 935). Bei der Schmerzensgeldbemessung nach diesen Grundsätzen ***verbietet sich eine schematische, zergliedernde Herangehensweise***. ***Einzelne Verletzungen bzw. Verletzungsfolgen dürfen nicht gesondert bewertet und die so ermittelten Beträge addiert werden***. Vielmehr ist die Schmerzensgeldhöhe in einer ***wertenden Gesamtschau aller Bemessungskriterien des konkreten Falls*** zu ermitteln, wobei die in vergleichbaren Fällen zugesprochenen Schmerzensgelder einen gewissen Anhaltspunkt bieten können, ohne jedoch zwingend zu einer bestimmten „richtigen" Schmerzensgeldhöhe zu führen (Senat NJW 2011, 933, 935; NJW-RR 2015, 1119, 1120 Rn. 40)."

556. Schadenersatz ist nicht Strafe. BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03 (NJW 2005, 215), **Ls. a**: "Die Zubilligung einer Geldentschädigung wegen einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung hat ihre Wurzel im Verfassungsrecht und Zivilrecht und stellt keine strafrechtliche Sanktion dar."

557. Arglist kann auch bei billigender Inkaufnahme durch Unterlassen (Täuschung durch Verschweigen) vorliegen. [Dort wurden schlechte Ergebnisse eines 85/85er-Transistorentests verschwiegen] BGH, 04.10.2000 - VIII ZR 109/99 (NJW 2001, 155), **Kap. III 3.**: "… Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts, daß bei einer ***Täuschung durch Verschweigen eines hinweispflichtigen Umstandes*** derjenige ***arglistig handelt***, der dessen Vorhandensein ***mindestens für möglich hält und weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt***, daß der Vertragsgegner diesen Umstand nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (st.Rspr., vgl. BGHZ 117, 363, 368; BGH, Urteil vom 14. Februar 1996 - VIII ZR 89/95, NJW 1996, 1465 unter III 1, jew. m.w.Nachw.). Damit werden auch

solche Verhaltensweisen erfaßt, bei denen es an einer betrügerischen Absicht fehlt, die vielmehr auf bedingten Vorsatz - im Sinne eines (bloßen) "Fürmöglichhaltens" und "Inkaufnehmens" - reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muß (BGHZ 117, 363, 368; 109, 327, 333)."

558. Die Entschädigungshöhe richtet sich nach dem Gesichtspunkt der Genugtuung, dem Präventionsgedanken und der Intensität der Rechtsverletzung. **BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03** (NJW 2005, 215), **Ls. b**: "Bei der Bemessung der Geldentschädigung stellen der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers, der Präventionsgedanke und die Intensität der Persönlichkeitsrechtsverletzung Bemessungsfaktoren dar, die sich je nach Lage des Falles unterschiedlich auswirken können (Ergänzung der Senatsurteile BGHZ 128, 1; vom 5. Dezember 1995 – VI ZR 332/94 – VersR 1996, 339 und vom 12. Dezember 1995 – VI ZR 223/94 – VersR 1996, 341)."

559. Wenn der Staat in Erfüllung seines Schutzauftrages dem Opfer die Entschädigung zubilligt, steht dabei regelmäßig der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund. Hinzu tritt der Gedanke der [allgemeinen] Prävention. BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03 (NJW 2005, 215), **Abs. 15**: "Entgegen dem Ansatz der Revision ***handelt es sich bei der Zubilligung einer Geldentschädigung*** jedoch nicht um eine Strafe im Sinne des Art. 103 GG. Das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof sehen den Anspruch auf eine Geldentschädigung wegen einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts vielmehr als ein Recht an, das auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG zurückgeht. Demgemäß wird der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 1 und Art. 2 GG hergeleitet (vgl. BVerfGE 34, 269, 292 – Soraya = NJW 1973, 1221, 1226; Senatsurteile BGHZ 128, 1, 15; vom 5. Dezember 1995 – VI ZR 332/94 – VersR 1996, 339, 340 und vom 12. Dezember 1995 – VI ZR 223/94 – VersR 1996, 341, 342; so auch BGHZ 143, 214, 218 f.). ***Die Zubilligung einer Geldentschädigung*** im Fall einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung ***beruht auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch*** Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass ***der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde***. Bei dieser Entschädigung steht – anders als beim Schmerzensgeld – ***regelmäßig der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund***. Außerdem soll sie der ***Prävention*** dienen (vgl. Senatsurteile, BGHZ 128, 1, 15; vom 5. Dezember 1995 – VI ZR 332/94 – aaO und vom 12. Dezember 1995 – VI ZR 223/94 – aaO). ..."

560. Die Zubilligung von Geldentschädigung ist Gewährleistung des staatlichen Schutzauftrages und kommt insbesondere in Betracht, wenn keine anderen Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Zivilgerichte sind die Berufenen, dieses Interesse des Betroffenen unter Zugrundelegung des Präventionsgedankens als Bemessungsfaktor zu gewährleisten. BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03 (NJW 2005, 215), **Abs. 16**: "Im Gegensatz zum staatlichen Strafanspruch soll die Zubilligung einer Geldentschädigung im Zivilrecht in Fällen der vorliegenden Art den Schutzauftrag aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG im Interesse des konkret Betroffenen gewährleisten. Dies wird bei der hier vorliegenden Verletzung des Rechts am eigenen Bild besonders deutlich, weil dem Verletzten – anders als in anderen Fällen, in denen er etwa den Widerruf oder die Richtigstellung einer sein Persönlichkeitsrecht beeinträchtigenden Äußerung verlangen kann – gegen eine solche Rechtsverletzung ***keine anderen Abwehrmöglichkeiten als ein Anspruch auf eine Geldentschädigung zur Verfügung stehen*** (vgl. Senatsurteil vom 12. Dezember 1995 – VI ZR 223/94 – aaO). Deshalb unterliegt es keinem Zweifel, dass die Zivilgerichte zur Gewährleistung dieses Interesses des Betroffenen berufen sind. Der Präventionsgedanke stellt lediglich einen Bemessungsfaktor für die Entschädigung dar, der sich je nach Lage des Falles unterschiedlich auswirken kann. ..."

561. Der gegen den Staat gerichtete Schutzanspruch aus Art. 1 (1) GG von Kindern besteht als Anspruch auf seine Verwirklichung über das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 (1) GG, wie auch als eigenes Kindesrecht als Anspruch auf Gewährleistung ungehinderter Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 (1) GG. **BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03** (NJW 2005, 215), **Abs. 22**: "***Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedürfen Kinder eines besonderen Schutzes*** vor den Gefahren, die von dem Interesse der Medien und ihrer Nutzer an einer Berichter-

stattung über sie oder an Abbildungen von ihnen ausgehen. Ihre Persönlichkeitsentfaltung kann durch die Berichterstattung in Medien empfindlicher gestört werden als diejenige von Erwachsenen, so dass der Bereich, in dem sie sich frei von öffentlicher Beobachtung fühlen und entfalten dürfen, umfassender geschützt sein muss. ***Dieser Schutz verwirklicht sich nicht nur über das elterliche Erziehungsrecht*** des Art. 6 Abs. 1 GG, sondern folgt ***auch aus dem eigenen Recht des Kindes*** auf ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 101, 361, 385 f. = NJW 2000, 1021, 1023; BVerfG, NJW 2000, 2191; NJW 2000, 2191 f. und NJW 2003, 3262 f.)."

562. Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes können auch unbemerkt vorliegen, z. B. bei einer ständigen Verfolgung, die das Kind selbst nicht bemerkt. Hierzu genügt bereits die Gefährdung der natürlichen Eltern-Kind-Beziehung, ohne dass es der Darlegung einer tatsächlich realisierten Störung bedarf. **BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03** (NJW 2005, 215), **Abs. 24**: "Auch wenn die Reichweite des Persönlichkeitsschutzes eines Kindes vom Schutzzweck her unter Berücksichtigung der Entwicklungsphasen des Kindes zu bestimmen ist, steht dem nicht entgegen, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Veröffentlichungen noch ein Kleinkind war. ***Eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts kann nämlich nicht nur dann vorliegen, wenn das Kind die persönlichkeitserheblichen Einwirkungen Dritter bemerkt***, sondern auch dann, wenn andere Gründe den Schutz der Persönlichkeitsentwicklung erfordern (vgl. BVerfG, NJW 2003, 3262 f.). Hier kann die Persönlichkeitsentwicklung der Klägerin schon dadurch beeinträchtigt werden, dass ***wegen der ständigen Verfolgung*** durch die Presse ***eine natürliche Eltern-Kind-Beziehung*** gefährdet ist. ***Wenn sich die Eltern im Zusammenleben mit dem Kind nicht unbefangen verhalten können, weil sie befürchten müssen, dass*** auch gegen ihren Willen Fotos veröffentlicht werden, die den privaten Bereich betreffen, kann sich dies nachteilig auf die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes auswirken. Insoweit reicht bereits die Gefährdung aus, ohne dass es, wie die Revision meint, der ***Darlegung bedarf, dass tatsächlich bereits eine Störung des Eltern-Kind-Verhältnisses*** eingetreten sei."

563. Für die Bemessung der billigen Geldentschädigung sind zu beachten: Die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund, Grad des Verschuldens, die Zahl etwaiger Wiederholungen und ihre Hartnäckigkeit, der wirtschaftliche Vorteil sowie ob es andere Abwehrmöglichkeiten gibt. BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03 (NJW 2005, 215), **Abs. 26**: "Das hängt insbesondere von der ***Bedeutung und Tragweite*** des Eingriffs, ferner von ***Anlass und Beweggrund*** des Handelnden sowie von dem ***Grad seines Verschuldens*** ab (vgl. Senatsurteile BGHZ 128, 1, 12; 132, 13, 27 und vom 12. Dezember 1995 – VI ZR 223/94 – VersR 1996, 341; vgl. auch BVerfG, NJW 2004, 591). ***Eine wiederholte und hartnäckige Verletzung*** des Rechts am eigenen Bild, die ***um des wirtschaftlichen Vorteils*** willen erfolgt, kann sich als schwere, einen Anspruch auf Geldentschädigung rechtfertigende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen darstellen, auch wenn die einzelne Bildveröffentlichung – jeweils für sich betrachtet – nicht als schwerwiegend einzustufen ist. Die Besonderheit einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild besteht nämlich darin, dass dem Verletzten gegen eine solche Rechtsverletzung ***keine anderen Abwehrmöglichkeiten*** als ein Anspruch auf eine Geldentschädigung zur Verfügung stehen."

564. Die Höhe der Geldentschädigung muss die weitere Erzielung von Gewinnen aus Rechtsverletzungen wirklich hemmen. **BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03** (NJW 2005, 215), **Abs. 28**: "… In Fällen, in denen der Schädiger die Verletzung der Persönlichkeit seines Opfers als Mittel zur Auflagensteigerung und damit zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt hat, ist die ***Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor*** in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung mit einzubeziehen. In solchen Fällen ***muss von der Höhe der Geldentschädigung ein echter Hemmungseffekt ausgehen***; als weiterer Bemessungsfaktor kann die Intensität der Persönlichkeitsrechtsverletzung berücksichtigt werden, der hier angesichts der nachhaltigen Störung des Privatlebens ein hohes Gewicht zukommt. Zudem darf die Geldentschädigung nicht eine Höhe erreichen, die die Pressefreiheit unverhältnismäßig einschränkt (vgl. Senatsurteile BGHZ 128, 1, 16 und vom 5. Dezember 1995 – VI ZR 332/94 – VersR 1996, 339, 340)."

565. Die Wirtschaftsmacht der miteinander verbundenen Gruppe ist auch ohne eine untereinander bestehende juristische Einstandspflicht zu beachten. BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03 (NJW 2005, 215), **Abs. 29**: "Im Hinblick darauf ist die Bemessung der Entschädigung durch das Berufungsgericht in Anbetracht der besonderen ***Hartnäckigkeit*** der Beklagten ***und*** der vom Berufungsgericht festgestellten ***Wirtschaftsmacht der hinter ihr stehenden Gruppe*** nicht zu beanstanden. ***Selbst wenn*** für diese ***keine rechtliche Verpflichtung besteht***, etwaige ***Verluste wegen der Verurteilung zu einer Geldentschädigung zu ersetzen, dürfen die faktischen wirtschaftlichen Verhältnisse der Konzerngruppe*** hinter einem Presseorgan bei der Beurteilung, wie der Persönlichkeitsschutz gewährleistet werden kann, ***nicht außer Betracht bleiben***. ..."

566. Auch eine Unfallstress bedingte Verstärkung eines bereits vorhandenen Tinnitus unterliegt der Unfall-Verursacher-Haftung. LG Frankenthal, 24.11.2010 - 2 S 193/10 (dejure 2010,8525), **Kap. 2a)**: "... Bei der Ermittlung des Kausalzusammenhangs zwischen dem Haftungsgrund und dem eingetretenen Schaden unterliegt der Tatrichter nicht den strengen Anforderungen des § 286 ZPO. Im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 287 ZPO werden geringere Anforderungen an die Überzeugungsbildung des Richters gestellt. Hier genügt je nach Lage des Einzelfalles, eine höhere oder deutlich höhere Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung (BGH NJW 2003, 1116 : BGH VersR 1970, 924). Worauf die Erstrichterin ihre Überzeugungsbildung hinsichtlich der Tinnitus-Verschlechterung gestützt hat, hat sie **nach umfangreicher Beweisaufnahme und unter Berücksichtigung der gutachterlichen Äußerungen** sowie der schriftlichen Angaben des behandelnden HNO-Arztes ... in jeder Hinsicht nachvollziehbar dargelegt. Allein die Tatsache, dass es ***zur Feststellung einer Tinnitusverstärkung kein objektives Untersuchungsverfahren*** gibt, schließt nicht aus, dass das Gericht insoweit aus den Angaben der Geschädigten und aus deren Verhalten nach dem Unfallereignis Schlüsse zieht und darauf eine entsprechende Überzeugungsbildung stützt. … Unter Berücksichtigung dieser veränderten Voraussetzungen hat die Sachverständige ... im Rahmen ihrer mündlichen Anhörung ihre ursprünglichen Angaben relativiert und ausgeführt, dass es durchaus möglich sei, dass sich ***allein durch den unfallbedingten Stress eine Tinnitus-Verletzung/-verstärkung ergeben*** hat. Ein objektives Untersuchungsverfahren für die Tinnitus-Verstärkung gebe es nicht."

567. Hier wurde durch die in Vorleistung gegangene Krankenversicherung eines Ersthelfers wegen der entstandenen psychischen Folgeschäden gesamtschulderisch verklagt: 1. Der betrunkene Fahrzeuglenker und 2. dessen Haftpflichtversicherung. Der Folgeschaden wurde als nach §§ 286+287 ZPO wahrscheinliche Folge der Ersthilfe anerkannt, dessen Zurechnungszusammenhang wiederum als herausgeforderte Handlung des Helfers als 'weiterer Teil' des Erstgeschehens anerkannt wurde. Nur weil die Kfz-Versicherung unterhalb der Deckelungsgrenze der Trunkenheitsklausel zu Unrecht mitverklagt wurde, trägt die Klägerin (die Versicherung des psychisch folgegeschädigten Zeugen) die halben Gerichtskosten. AG Brandenburg, 04.06.2015 - 34 C 60/14 (dejure 2015,12674), **S. 6 (4), S. 6 (8), S. 12 (2), S. 12 (10+11), S. 13 (3-5)**: " **[S. 6 (4)]** Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die unfallbedingte Entstehung der posttraumatischer Belastungsstörungen des Zeugen B… wahrscheinlicher ist als ihre unfallunabhängige Entstehung (OLG Karlsruhe, NZV 2001, Seite 511; OLG Brandenburg, VRS Band 107, Seiten 85 ff.). **[S. 6 (8)]** Der Nachweis der haftungs-begründenden Kausalität bei Personenschäden, also der Kausalität der rechtswidrigen Handlung oder des Gefährdungshaftungstatbestandes für eine Gesundheitsschädigung, unterliegt somit der strengen Beweisführung nach § 286 ZPO, während für die haftungs-ausfüllende Kausalität Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO gelten **[S. 12 (2)]** Wirken sich aber – so wie hier – in einem ***„weiteren" Teil*** des Unfalls die besonderen Gefahren fort, die sich bereits im „ersten" Teil des Unfallgeschehen ausgewirkt hatten, kann der Zurechnungszusammenhang mit dem „ersten" Teil des Unfalls jedenfalls nicht verneint werden (BGH, Urteil vom 26.02.2013, Az.: VI ZR 116/12, u.a. in: NJW 2013, Seiten 1679 f.). **[S. 12 (10+11)]** Für eine Zurechnung zur Betriebsgefahr kommt es außerdem maßgeblich darauf an, dass der Unfall in einem nahen örtlichen und zeitlichen Kausalzusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht (BGH, Urteil vom 26.02.2013, Az.: VI ZR 116/12, u.a. in:

NJW 2013, Seiten 1679 f.; BGH, Urteil vom 10.02.2004, Az.: VI ZR 218/03, u.a. in: VersR 2004, Seiten 529 ff.; BGH, VersR 1973, Seiten 83 f.; BGH, VersR 1972, Seiten 1074 f.). Nach diesen Grundsätzen ist entgegen der Auffassung des Beklagten zu 1.) die gesundheitliche Beeinträchtigung des Zeugen B… aber der vom Fahrzeug des Erstbeklagten ausgehenden Betriebsgefahr noch zuzurechnen. Der zeitliche Zusammenhang zwischen dem „ersten" Teil des Unfalls und dem „weiteren" Teil des Unfalls ist hier gegeben, da nur ein paar Sekunden bzw. Minuten zwischen den beiden Teilen des Unfalls lagen. **[S. 13 (3-5)]** Zwar würde die hiesige ***Beklagte zu 2.) als Haftpflichtversicherer*** des Fahrzeugs des Erstbeklagten gemäß § 117 Abs. 1 VVG auch zur Leistung gegenüber einem Dritten – wie hier dem Zeugen B… – weiterhin verpflichtet sein, jedoch war die Beklagte zu 2.) ***aufgrund der Trunkenheitsklausel*** gegenüber ihrem ***Versicherungsnehmer – dem Erstbeklagten*** [Fahrzeuglenker] – hier zur Leistungskürzung bis auf null berechtigt … Besteht die Leistungsfreiheit nämlich nur teilweise – z.B. weil sie im Falle einer Obliegenheitsverletzung auf Höchstbeträge gedeckelt ist – kann der Versicherer das ***Verweisungsprivileg*** des § 117 Abs. 3 Satz 2 VVG nämlich auch nur bis zur Höhe dieses Betrages ausüben (OLG Saarbrücken, ZfSch 2013, Seiten 466 f. = NJW-RR 2013, Seiten 934 ff.). Die Beklagte zu 2.) wurde hier somit bis zu einer Höhe von 5.000,00 Euro gemäß § 117 Abs. 3 Satz 2 VVG in Verbindung mit den AKB leistungsfrei, wenn der Dritte den Ersatz seines Schadens von einem anderen Schadensversicherer oder von einem Sozialversicherungsträger erlangen konnte. Ein Versicherer – wie hier die Zweitbeklagte – soll mit diesem Anspruch dann nicht belastet werden."

568. Komplexes Unrecht rechtfertigt dir Inanspruchnahme mehrerer Rechtsanwälte. OLG Karlsruhe, 12.11.2015 - 9 U 78/11 (VersR 2016, 254), **Gründe, Kap. II-7.-a**: "Nach der Unterbringung war der Kläger gezwungen, Rechtsanwälte einzuschalten, um Rechtsschutz zu erlangen. Die Entstehung der Kosten ist durch die vom Kläger vorgelegten Kopien belegt. Die geltend gemachten Anwaltskosten sind in vollem Umfang (3.946,93 €) gerechtfertigt. Der Senat hat den Kläger informatorisch angehört. Nach dem Ergebnis der Anhörung ist der Senat davon überzeugt, dass sämtliche Anwaltskosten im Zusammenhang mit der Unterbringung entstanden sind. Die Anwaltskosten wurden auch insoweit adäquat durch die Unterbringung verursacht, als die jeweils beauftragten ***Anwälte*** auch im parallel laufenden Betreuungsverfahren für den Kläger tätig wurden und in seinem Namen ***verschiedene Strafanzeigen gegen Mitarbeiter der Beklagten und gegen Richter, die im Unterbringungsverfahren tätig geworden sind, erstattet haben***. Denn der Kläger hielt - aus seiner nachvollziehbaren Sicht - auch diese anwaltlichen Tätigkeiten für geboten, um sich gegen die Unterbringung und die für ihn nachteiligen Folgen zur Wehr zu setzen. Angesichts der Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht und der Komplexität der einzuleitenden Maßnahmen ist ein Verstoß des Klägers gegen seine Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 BGB) nicht ersichtlich. ***Insbesondere kann man dem Kläger nicht vorwerfen, dass er nacheinander verschiedene Anwälte eingeschaltet hat***. Wegen der besonderen Umstände der Angelegenheit erscheint es nachvollziehbar, dass der Kläger sich mehrfach jeweils an einen anderen Anwalt gewandt hat, wenn aus seiner Sicht der vorher beauftragte Anwalt sich möglicherweise nur unzureichend um den erteilten Auftrag gekümmert hat. Zumindest ist der beweispflichtigen Beklagten der Nachweis nicht gelungen, dass der Kläger gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen hat."

19.3 Schadenersatz von Privatrechts-Subjekten

569. Für private Krankenhäuser besteht auch bei Zwangsunterbringung nicht eine generelle Amtshaftung, sondern nur, wenn es eine generelle Aufgabenzuweisung oder einen konkreten öffentlichen Auftrag gab. LG Berlin, 11.02.2022 - 17 O 420/21 (dejure 2022,16710), **Rn. 47, 48 + 49**: "Vorliegend besteht auch kein Bedürfnis für die Etablierung einer Amtshaftung, da den Patienten, die nicht aufgrund eines Unterbringungsbeschlusses untergebracht sind, das sie behandelnde Krankenhaus als Haftende gegenübersteht. Im Übrigen würde eine erweiternde Auslegung der Grundsätze der Amtshaftung dem letztlich intendierten Absicht des BGB widersprechen, wonach die Haftung des Staates eingeschränkt sein soll (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). **[48]** Der Auffassung der Kammer steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere mit dem immer wieder in Bezug genommenen Beschluss vom 31. Januar 2008 (BGH III ZR 186/06). Die Ent-

scheidung bestätigt die dargelegte Auffassung der Kammer. In der Entscheidung wird deutlich hervorgehoben, dass es sich bei dem behandelnden Krankenhaus um ein solches in Trägerschaft des Bundeslandes Niedersachsen handelte (BGH aaO zitiert nach juris, dort Rn. 4), also um Bedienstete des Bundeslandes selbst. Dieser Beschluss bezieht sich zur Begründung auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. September 1962 (III ZR 201/61). Dort wird im vorgenannten Sinne ausgeführt, dass eine öffentliche Einrichtung im Zweifel die ihr zur Wahrnehmung zugewiesenen Aufgaben auch als öffentliche Einrichtung wahrnimmt (zitiert nach juris, dort Rn. 5). Diese Sichtweise vertiefte der Bundesgerichtshof auch in seinem Urteil vom 22. November 2012 (III ZR 150/12 zitiert nach juris, insb. Rn. 16), in dem auf die Unterbringung aufgrund von Landesgesetzen verwiesen wird. **[49]** Eine Amtshaftung ist also nur begründet, wenn im Rahmen der durch die Beleihung zugewiesenen Aufgaben gehandelt wird, was vorliegend gerade nicht der Fall ist. ..."

19.4 Schadenersatz von Körperschaften öffentlichen Rechts

570. Vom OLG-Karlsruhe erhielt ein 58 Tage zu Unrecht in einer Anstalt des öffentlichen Rechtes Untergebrachter für die Zeit vom 15.06.207 bis zum 11.08.2007 25.000 € Schmerzensgeld (zzgl. Kosten und Zinsen) zugesprochen. OLG Karlsruhe, 12.11.2015 - 9 U 78/11 (VersR 2016, 254), **Tenor I, Gründe**: "Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 25.000,00 € **[Gründe]** … Der Kläger macht im vorliegenden Rechtsstreit Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte geltend wegen seiner Unterbringung in der Zeit vom 15.06.2007 bis zum 11.08.2007. …"

19.5 Staatshaftung

571. Es gibt drei Gesichtspunkte der Staatshaftung, d. h. Möglichkeiten des Bürgers, den Staat "zur Verantwortung" zu ziehen: 1. Eigene Behördenmitwirkung (wurde ebenda unter Nrn. 91 + 146 bejaht), 2. Die fehlerhafte Auslegung einfachen Rechtes durch die Gerichte (wurde ebenda unter Nrn. 99 + 148 bejaht) sowie 3. Verletzung der positiven Schutzpflicht des Staates (wurde ebenda unter Nrn. 108 + 150 bejaht). EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Abs. 89**: "Der Gerichtshof ... stimmt mit den Parteien dahingehend überein, dass Deutschland in dieser Rechtssache für die Unterbringung der Beschwerdeführerin in der Privatklinik in Bremen aufgrund von ***drei Gesichtspunkten*** nach der Konvention ***zur Verantwortung gezogen*** werden könnte. Erstens könnte die Freiheitsentziehung dem Staat wegen der ***unmittelbaren Mitwirkung der Behörden*** an der Unterbringung der Beschwerdeführerin angelastet werden. Zweitens könnte eine Verletzung von Artikel 5 Abs. 1 durch den Staat insoweit festgestellt werden, ***als seine Gerichte*** in den von der Beschwerdeführerin betriebenen Schadensersatzverfahren die zivilrechtlichen Bestimmungen über ihren Anspruch ***nicht im Sinne von Artikel 5 ausgelegt*** haben. Drittens könnte der Staat seine ***positiven Verpflichtungen***, die Beschwerdeführerin ***vor Eingriffen durch Private in ihre Freiheitsrechte zu schützen***, verletzt haben."

572. Schadenersatzforderungen an den Staat können zuzüglich zu entrichtender Steuer und Zinsen ab Fristüberschreitung verlangt werden. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nrn. 184.10**: "a) Der beklagte Staat hat der Beschwerdeführerin ***binnen drei Monaten*** nach dem Tag, an dem das Urteil nach Artikel 44 Abs. 2 der Konvention endgültig wird, folgende Beträge zu zahlen: i) ***75.000 EURO*** (fünfundsiebzigtausend Euro) für den immateriellen Schaden; ii) ***18.315 EURO*** (achtzehntausenddreihundertundfünfzehn Euro) für Kosten und Auslagen; iii) die für die vorstehend genannten Beträge ggf. ***zu berechnenden Steuern***. b) ***Nach Ablauf der*** vorgenannten ***Frist von drei Monaten*** fallen für die obengenannten Beträge bis zur Auszahlung ***einfache Zinsen*** in Höhe eines Zinssatzes an, der dem Spitzenrefinanzierungssatz (marginal lending rate) der Europäischen Zentralbank im Verzugszeitraum zuzüglich drei Prozentpunkten entspricht."

573. Der EMGR betreibt in Ausnahmefällen die Wiederaufnahme auch ohne Rechtsgrundlage, wenn sich diese "Befugnis aus der Rechtsnatur" ergibt. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 67**: "Der Gerichtshof räumt ein, dass weder die Konvention noch die Verfahrensordnung des Gerichtshofs eine Wiederaufnahme des Verfahrens vor dem Gerichtshof vorsehen

(s. Rechtssache Karel Des Fours Walderode ./. Tschechische Republik (Entsch.), Individualbeschwerde Nr. 40057/98, EuGHMR 2004, 18. Mai 2004 und Rechtssache Harrach ./. Tschechische Republik (Entsch.), Individualbeschwerde Nr. 77532/01, 18. Mai 2004). ***Dennoch hat das Gericht unter außergewöhnlichen Umständen***, wenn ein offenkundiger Tatsachenirrtum oder Fehler bei der Bewertung der einschlägigen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegt, ***im Interesse der Rechtspflege die sich aus der Rechtsnatur ergebende Befugnis***, einen für unzulässig erklärten Fall wieder aufzunehmen und die Irrtümer richtig zu stellen (siehe u. a. Rechtssache V.S. und T.H. ./. Tschechische Republik, Individualbeschwerde Nr. 26347/95, Kommissionsentscheidung vom 10. September 1996, Rechtssache Appietto ./. Frankreich (Entsch.), Individualbeschwerde Nr. 56927/00, Nr. 8, 26. Februar 2002, sowie Rechtssachen Karel Des Fours Walderode, a.a.O., und Harrach, a.a.O). Der Einwand der Regierung ist daher zurückzuweisen."

574. Der Staat wird zum Schutz des Geschädigten durch Art. 34 GG zum Haftungssubjekt, nicht aber zum Zurechnungssubjekt der persönlichen Haftung aus § 839 BGB. BVerfG, 19.10.1982 - 2 BvF 1/81 (BVerfGE 61, 149), **Rn. 150+151**: "Art. 34 GG leitet die durch § 839 BGB begründete persönliche Haftung des Beamten auf den Staat über: ***§839 BGB ist die haftungsbegründende Vorschrift, während Art. 34 GG die haftungsverlagernde Norm darstellt***. Dem Verfassungsgeber war durchaus bewußt, daß die Staatshaftung im Bürgerlichen Gesetzbuch -- also in der persönlichen Haftung des Beamten gemäß § 839 BGB -- gründete (vgl. JöR nF, Bd 1, S. 325). ***Der Staat wird durch die Übernahme der persönlichen Beamtenhaftung nach § 839 BGB "zwar Haftungssubjekt aber nicht Zurechnungssubjekt"*** (Dagtoglou, a.a.O., Art. 34 Rdnr. 9; Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 388, 389; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., § 2). Das Grundgesetz hat damit die historisch aus der Ablehnung einer Verbandshaftung entstandene mittelbare Haftung des Staates bei Amtspflichtverletzungen seiner Beamten übernommen und folglich auch hingenommen. **[151]** Art. 34 GG steht der Einführung einer unmittelbaren Staatshaftung andererseits auch nicht entgegen. Er schreibt nicht das Institut der auf die Eigenhaftung des Amtsträgers gegründeten und auf den Staat übergeleiteten Amtshaftung fest und ist folglich nicht berührt, wenn die bisher übergeleiteten, auf § 839 BGB aufbauenden Ansprüche durch eine unmittelbare Staatshaftung ersetzt werden. Art. 34 GG spricht nur davon, daß die Verantwortlichkeit für eine Amtspflichtverletzung grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft trifft, in deren Dienst der Amtsträger steht. Die Vorschrift will zwar am überkommenen Rechtszustand nichts ändern, die Konstruktion der Amtshaftung aber auch nicht "versteinern" (Lerche, JuS 1961, S. 242, Fn 37). Sie gibt also einer andersartigen und weitergehenden Haftung keine Stütze, behindert sie aber auch nicht. Denn ***Art. 34 GG will den durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigten schützen, nicht aber den Staat gegen weitergehende Konsequenzen seiner Fehler abschirmen***. Eine Ausweitung des Rechts der Entschädigung ist deshalb verfassungsgesetzlich nicht blockiert (Luhmann, a.a.O., S. 205). Art. 34 GG enthält nur eine "Mindestgarantie", die der zuständige Gesetzgeber zwar nicht unterschreiben, über die er aber hinausgehen darf (Lerche, a.a.O., S. 240 f.; Leisner, in: VVDStRL 20, S. 185 [237]; Dagtoglou, a.a.O., Art. 34 Rdnr. 31). Die Einführung einer unmittelbaren Staatshaftung entbindet den Gesetzgeber indessen nicht von der Pflicht, sich hierfür mit einer Kompetenz auszuweisen."

19.5.1 Staatshaftung aus Behördenmitwirkung

575. [Vorsicht vor § 40 (1) S. 1 OBG.NRW u. ä.!] Schadenersatz aus hoheitlichen Eingriffen ist ab sofort nicht mehr auf materielle Schäden begrenzt. BGH, 07.09.2017 - III ZR 71/17 (BGHZ 215, 335), **Ls.** : "Der allgemeine Aufopferungsanspruch wegen eines hoheitlichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit ist nicht auf den Ersatz materieller Schäden begrenzt, sondern umfasst auch nichtvermögensrechtliche Nachteile des Betroffenen (***Aufgabe der früheren Senatsrechtsprechung***, Urteil vom 13. Februar 1956 - III ZR 175/54, BGHZ 20, 61, 68 ff)."

576. Auch immaterielle Ansprüche aus Aufopferung (die auch unfreiwillig sein kann) sind nunmehr wie Schadenersatzansprüche einklagbar, denn die Gesetzeslage hat sich zwischenzeitlich grundlegend geändert. BGH, 07.09.2017 - III ZR 71/17 (BGHZ 215, 335), **Rn. 1-5**: "Tatbestand **[1]** Der Kläger verlangt vom beklagten Land Ersatz materiellen und immateriellen Schadens wegen

eines Polizeieinsatzes, bei welchem er durch Anwendung unmittelbaren Zwangs ***im Rahmen einer Maßnahme zur Identitätsfeststellung (§ 163b Abs. 1 StPO) eine Schulterverletzung erlitt***. Die Parteien streiten, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, darum, ob ein Anspruch auf Entschädigung aus Aufopferung auch Schmerzensgeld umfasst. **[2]** Das Landgericht hat dem Kläger Ersatz des geltend gemachten materiellen Schadens zuerkannt, die Klage hinsichtlich der Schmerzensgeldforderung und des Anspruchs auf Freistellung von hierauf entfallenden vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten jedoch abgewiesen. Die hiergegen von beiden Parteien eingelegten Rechtsmittel haben keinen Erfolg gehabt. Gegen das Berufungsurteil richtet sich die Revision des Klägers, die das Oberlandesgericht zu seinen Gunsten zugelassen hat. - Entscheidungsgründe **[3]** Die Revision führt, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist, zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. I. **[4]** Das Oberlandesgericht ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht da-von ausgegangen, dass dem Kläger kein Schmerzensgeld zusteht (Urteil vom 26. Januar 2017 - 1 U 31/15, juris). Zwar umfasse der Anspruch auf Entschädigung aus Aufopferung Sonderopfer durch hoheitliche Eingriffe in nicht vermögenswerte Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit und Freiheit. Jedoch sei die Entschädigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf die aus dem Eingriff resultierenden vermögensrechtlichen Nachteile beschränkt und umfasse damit kein Schmerzensgeld. Diese Rechtsprechung sei auch nicht aufgrund der zum 1. August 2002 in Kraft getretenen Regelung in § 253 Abs. 2 BGB überholt. Zwar gelte nunmehr im Rahmen des Schadensersatzrechts, dass unter anderem bei einer Körperverletzung auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden sei, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden könne. ***Der Anspruch aus Aufopferung sei aber kein Anspruch auf Schadensersatz***, sondern nur auf billige beziehungsweise angemessene Entschädigung gerichtet. Wegen dieses strukturellen Unterschieds könne § 253 Abs. 2 BGB auch nicht analog angewandt werden. Andere Anspruchsgrundlagen auf Zahlung eines Schmerzensgeldes schieden aus, wie das Landgericht, dessen diesbezügliche Ausführungen mit der Berufung auch nicht angegriffen worden seien, zutreffend festgestellt habe. II. **[5]** Soweit das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen hat, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Aufopferungsanspruchs dem Grunde nach gegeben sind und andere Anspruchsgrund-lagen nicht in Betracht kommen, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und wird auch von keiner der Parteien in Frage gestellt. Entscheidungserheblich ist damit, ob der allgemeine Aufopferungsanspruch wegen eines hoheitlichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit auf den Ersatz materieller Schäden begrenzt ist. ***Insoweit hält der Senat an seiner bisherigen Rechtsprechung, die eine solche Begrenzung annimmt, nicht mehr fest.*** … **[9]** 2. Die im Urteil vom 13. Februar 1956 dargestellte ***Gesetzeslage hat sich zwischenzeitlich grundlegend geändert***. Von einem Willen des Gesetzgebers, die Ersatzpflicht im Schadensersatz- und Entschädigungsrecht bei Eingriffen in immaterielle Rechtsgüter wie Leben, Freiheit oder körperliche Unversehrtheit grundsätzlich auf Vermögensschäden zu beschränken, kann nicht mehr ausgegangen werden."

577. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und der verwaltungsrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch müssen nicht vor der Amtshaftungsklage verfolgt werden. BGH, 04.07.2013 - III ZR 201/12 (BGHZ 197, 375), **Ls. + Rn. 23**: "Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und der Folgenbeseitigungsanspruch des allgemeinen Verwaltungsrechts sind keine Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB. [**23**] Ausgehend von diesen Zweckbestimmungen hat der Senat in seiner Rechtsprechung den Begriff des Rechtsmittels im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB wie oben unter Buchstaben a wiedergegeben ausgelegt. Mit dieser Definition ist es nicht vereinbar, den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch - ebenso wie den verwaltungsrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch - als Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB zu qualifizieren."

578. Passivlegitimiert für Amtshaftungsansprüche aus einer behauptet rechtswidrigen Unterbringung ist nicht ein öffentlich-rechtlicher Träger der Einrichtung, sondern das Land. OLG Dresden, 02.01.2017 - 4 W 1155/16 (dejure 2017,54623), **Ls. 2**: "Passivlegitimiert für Amtshaftungsansprüche, die auf die Rechtswidrigkeit einer solchen Unterbringung gestützt werden, ist der Freistaat Sachsen, nicht hingegen der (öffentlich-rechtliche) Träger der Einrichtung."

579. Die Behandlung eines Patienten in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Landeskrankenhauses ist auch dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie im Einverständnis des Patienten und seines Betreuers und nicht etwa aufgrund einer hoheitlichen Unterbringung erfolgt (BGH, Beschluss vom 31.01.2008 - III ZR 186/06). **OLG Dresden, 02.01.2017 - 4 W 1155/16** (dejure 2017,54623), **Kap. II-1**: "Die Antragsgegner zu 1 bis 3 **[1= öffentl. rechtl. Uniklinik, 2+3= deren Ärzte]** sind für die geltend gemachten Ansprüche nicht passivlegitimiert. Zwischen der Antragstellerin und den Antragsgegnern zu 1 bis 3 ist kein privatrechtlicher Behandlungsvertrag zustande gekommen. Die Antragsgegner zu 2. und zu 3. haften auch nicht aus Delikt. Denn für die Handlungen der behandelnden Ärzte bei der vorläufigen Unterbringung der Antragstellerin in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses richtet sich die Haftung nach Amtshaftungsgrundsätzen gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Die Ansprüche richten sich gegen den Freistaat Sachsen. Neben der in § 1906 BGB geregelten privatrechtlichen Unterbringung gibt es die öffentlich-rechtliche Unterbringung, deren Voraussetzung die landesrechtlichen PsychKG regeln (vgl. Götz in Palandt, 76. Aufl., § 1906 Rn. 2). ***Die Unterbringung in einer geschlossenen psychiatrischen Abteilung gegen den Willen eines Betroffenen stellt eine hoheitliche Maßnahme dar.*** Gemäß § 12 SächsPsychKG sind dafür die Landkreise oder die kreisfreien Städte zuständig. Sie ermitteln von Amts wegen, wenn sich gewichtige Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Unterbringung ergeben. Bei Behandlungsfehlern gelten auch bei Einverständnis des Betroffenen mit der Maßnahme die Grundsätze der Amtshaftung (Götz, aaO.). ***Die Behandlung eines Patienten in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Landeskrankenhauses ist auch dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie im Einverständnis des Patienten und seines Betreuers und nicht etwa aufgrund einer hoheitlichen Unterbringung erfolgt (BGH, Beschluss vom 31.01.2008 - III ZR 186/06)***. Grundlage für Schadensersatzansprüche aus Behandlungsfehlern ist daher die Amtshaftung und nicht etwa eine privatrechtliche Haftung wegen positiver Vertragsverletzung (BGH, aaO.). …"

580. Die geschlossene Abteilung eines Landeskrankenhauses haftet stets von Amts wegen und zwar auch dann, wenn die Behandlung im Einvernehmen mit dem Betroffenen. **BGH, 14.12.2011 - XII ZB 488/11** (NJW 2012, 1448), **Rn. 4**: "Der Senat hat bereits in seinem Urteil BGHZ 38, 49, das beide Vorinstanzen der Beurteilung des jetzigen Falles mit Recht zugrunde gelegt haben, entschieden, dass die Behandlung eines Patienten in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Landeskrankenhauses auch dann öffentlich-rechtlicher Natur ist, wenn sie im Einverständnis des Patienten und nicht etwa aufgrund einer hoheitlichen Unterbringung erfolgt. …"

581. Die Staatsanwaltschaft kann für ein zu Unrecht geführtes Strafermittlungsverfahren haftbar werden. **AG Brandenburg, 26.05.2016 - 34 C 40/15** (dejure 2016,11653), **Ls. 1**: "Die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens kann eine schadensersatzauslösende unerlaubte Handlung sein (§§ 242, 249 und 823 Abs. 2 BGB i.V. m. §§ 164, 186 und 193 StGB)."

582. Auch die Staatsanwaltschaft unterliegt der Amtshaftung. LG Wiesbaden, 03.06.2015 - 10 O 80/12 (NJW 2015, 2975), **Ls., Tenor-1, Rn. 6**: "Vorverurteilende und ***sachlich falsche öffentliche Äußerungen der Staatsanwaltschaft*** über einen Beschuldigten können Schmerzensgeldansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung begründen. **[Tenor 1]** I. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 15.000,- € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 % -Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.04.2012 zu zahlen. … **[6]** A. Der Kläger macht gegenüber dem beklagten Land ***Amtshaftungsansprüche*** geltend. Er begehrt die Zahlung einer Geldentschädigung sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen angeblich rechtswidriger öffentlicher Äußerungen der Staatsanwaltschaft Wiesbaden und wegen der Einleitung eines weiteren Ermittlungsverfahrens gegen ihn."

583. Das Land haftet nach Art. 34 GG i.V.m. §§ 839, 823 Abs. 1 BGB, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, wenn ein Beamter in Ausübung seines öffentlichen Amtes gehandelt eine sich daraus ergebende drittschützende Amtspflicht fahrlässig verletzt hat. LG Wiesbaden, 03.06.2015 - 10 O 80/12 (NJW 2015, 2975), **Rn. 95 + 96**: "… Das beklagte Land ist nach Art. 34 GG i.V.m. §§ 839, 823 Abs. 1 BGB, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz zur Zahlung einer Geldent-

schädigung in Höhe von 15.000,- € verpflichtet. **[96]** Nach den genannten Vorschriften haftet der Staat (bzw. eine andere Körperschaft) dann, wenn ein Beamter in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt und eine sich daraus ergebende drittschützende Amtspflicht jedenfalls fahrlässig verletzt hat."

19.5.2 Übergang auf Staatshaftung bei eng gebundenem hoheitlichen Handeln Dritter

584. Ärztliche Kunstfehler, die durch die Begutachtung entstehen, unterliegen i.d.R. nicht der Amtshaftung. Jene greift erst bei der Ausübung hoheitlicher Gewalt oder einer engen inneren Beziehung zur öffentlichen Aufgabe, jedoch nicht allein wegen der bloßen Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe. BGH, 05.10.1972 - III ZR 168/70 (BGHZ 59, 310), **Rn. 11-14**: "Allerdings beruhen ***die Beziehungen zwischen dem Gericht und einem zum Sachverständigen ernannten Gutachter*** nicht auf einem privatrechtlichen Vertrag, sondern ***sind öffentlich-rechtlicher Natur*** (so OGHZ BZ in HEZ 2, 236; BGH Urt. v. 7. Juni 1951 - III ZR 85/50 = LM BGB § 831 Fc Nr. 1; BGHZ 42, 313/315; Jürgen Blomeyer, Schadensersatzansprüche des im Prozeß Unterlegenen wegen Fehlverhaltens Dritter S. 162 ff; Boemer, Der Sachverständige S. 52; Hopt, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung S. 286; Jessnitzer, Der gerichtliche Sachverständige 3. Aufl. S. 199; Palandt BGB 31. Aufl. § 839, 8 d; Reichel JW 1908, 232; Weimar, VersR 1955, 263). Denn die Pflichten und Rechte der Sachverständigen sind in den jeweiligen Verfahrensgesetzen und in dem Gesetz über die Entschädigung für Zeugen und Sachverständige geregelt, die dem öffentlichen Recht angehören. **[12]** ***Das allein genügt aber nicht, um eine Haftung des Landes aus Art. 34 GG zu begründen***; denn nach Art. 34 GG haftet der Staat oder eine sonstige Körperschaft des öffentlichen Rechtes nur dann, wenn jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt hat. Dabei ist nicht jeder, der vom Staat für die Bewältigung seiner Aufgaben zur Unterstützung oder als Gehilfe herangezogen wird, damit schon mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes in diesem Sinne betraut. ***Es muß ein innerer Zusammenhang und eine engere Beziehung zwischen der schädigenden Handlung und der öffentlichen Aufgabe bestehen.*** **[13]** … Denn Ausübung eines öffentlichen Amtes in diesem Sinne setzt Zurechnung zum Bereich hoheitlicher Verwaltung voraus. … [14] … Amtshaftungsbestimmungen kommen allerdings dann zur Anwendung, wenn sich die ärztliche Maßnahme unmittelbar als Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und Ausübung eines dem Arzt übertragenen Amtes darstellt, insbesondere bei der Tätigkeit von Amtsärzten oder Bediensteten der Gesundheitsämter. Auch darum handelt es sich hier nicht."

585. Die (dem Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB unterworfene) Amtshaftung nach § 839 BGB besteht nur bei enger Bindung an den hoheitlichen Auftrag. Diese greift bei einem beamteten Arzt nur bei stationärer Behandlung, nicht aber bei ambulanter. BGH, 08.12.1992 - VI ZR 349/91 (BGHZ 120, 376), **Ls, Rn. 21 + 22**: "Ein beamteter Arzt haftet für Schäden aus Versäumnissen einer ambulanten Behandlung seiner Privatpatienten deliktisch nicht nach § 839 BGB, so daß er sich nicht auf das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB berufen kann. Dasselbe gilt für seinen Vertreter, nicht aber für nachgeordnete Ärzte, die zur Mitwirkung bei der Behandlung herangezogen werden. **[21]** a) Für den ***stationären Behandlungsbereich*** hat der erkennende Senat allerdings entschieden, daß der beamtete Krankenhausarzt, sogar wenn er selbst liquidationsberechtigt ist, für Behandlungsfehler ***deliktisch nur nach § 839 BGB haftet*** und sich damit auf das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen kann (BGHZ 85, 393; 89, 263, 274; 95, 63, 67 [BGH 18.06.1985 - VI ZR 234/83]; Senatsurteile vom 24. Juni 1986 - VI ZR 202/85 - VersR 1986, 1206 = AHRS 0510/6 und vom 19. März 1991 - VI ZR 199/90 - VersR 1991, 779). **[22]** b) Demgegenüber hat es der erkennende Senat bisher ausdrücklich offen gelassen, ob auch bei einer ***ambulanten Behandlung*** durch einen selbst liquidierenden beamteten Arzt das Verweisungsprivileg gilt (BGHZ 85, 393, 399). Im Streitfalle ist diese Frage nun zu entscheiden. Sie ist dahin zu beantworten, daß die ambulante Behandlung von Privatpatienten durch einen beamteten Arzt, auch wenn sie innerhalb des Krankenhauses erfolgt, ***nicht zu seinen Dienstaufgaben*** gehört, so daß er für Schäden aus dabei begangenen Behandlungsfehlern nicht nach § 839 BGB haftet."

586. Die Amtshaftung greift allerdings in Bayern stets, wenn der privatrechtlichen Körperschaft die konkrete Aufgabe anvertraut wurde. BGH, 22.11.2012 - III ZR 150/12 (MDR 2013, 217), **Rn. 15 - 17**: "b) Wie das Berufungsgericht des Weiteren rechtsfehlerfrei ausgeführt hat, kann vorliegend zur Ermittlung der passivlegitimierten Körperschaft nicht auf die Anstellungskörperschaft abgestellt werden, da die behandelnden Ärzte Angestellte der ***I. Klinikum gGmbH und damit eines privaten Rechtsträgers*** waren. Das Klinikum M. und sein Personal sind daher nicht "Teil der Beklagten zu 1" im Sinne der Eigenschaft der Beklagten zu 1 als Anstellungskörperschaft beziehungsweise Dienstherr. **[16]** In Fällen, in denen eine als Haftungssubjekt in Betracht kommende Anstellungskörperschaft nicht existent ist, ***trifft die Passivlegitimation*** denjenigen Träger öffentlicher Gewalt, der ***dem Amtsträger die konkrete Aufgabe***, bei deren Erfüllung er die Pflichtverletzung begangen hat, übertragen beziehungsweise anvertraut hat (st. Rspr.; Senat, Urteile vom 15. Januar 1987 - III ZR 17/85, BGHZ 99, 326, 330 f und vom 15. September 2011 - III ZR 240/10, WM 2012, 424 Rn. 30; Beschluss vom 26. März 1997 - III ZR 295/96, NJW 1997, 2109, 2110; Staudinger-Wurm [2007], BGB, § 839 Rn. 51 mwN; Papier in Maunz/ Dürig [2012], GG, Art. 34 Rn. 295). **[17]** ***Dies ist vorliegend der Freistaat Bayern.***"

587. Der gerichtlich beauftragte ärztliche Gutachter haftete vor der Einführung des § 839a BGB noch nach den allgemeinen Grundsätzen für unerlaubte Handlungen. BGH, 05.10.1972 - III ZR 168/70 (BGHZ 59, 310), **Rn. 18**: "Haftungsgrundlage bleiben daher für diesen Fall, in dem der Sachverständige bei der Vorbereitung eines Gutachtens für ein Gericht Pflichten verletzt, die ihm gegenüber jedermann obliegen, die allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen."

588. Für den Notarzt und die sonstigen Personen des Rettungsdienstes gemeinsam haftet deren Träger. OLG Dresden, 02.01.2017 - 4 W 1155/16 (dejure 2017,54623), **Kap. II-** : "… Der Notarzt und die sonstigen am Rettungsdiensteinsatz mitwirkenden Personen bilden eine sachliche Funktionseinheit. Daher ist es sachgerecht, all diese Personen einem einheitlichen Haftungsregime zu unterwerfen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 09.01.2003 - III ZR 217/01). ..."

589. Für den Notarzt und die sonstigen Personen des Rettungsdienstes gemeinsam haftet deren Träger. BGH, 09.01.2003 - III ZR 217/01 (BGHZ 153, 268), **Kap. II.-2**: "… Notarzt und die sonstigen am Rettungsdiensteinsatz beteiligten Personen (insbesondere Rettungssanitäter und -fahrer) bilden eine Funktionseinheit, so daß es sachgerecht ist, alle diese Personen einem einheitlichen Haftungsregime zu unterwerfen … ."

590. Der Staat haftet auch für den von ihm von der Staatsanwaltschaft beauftragten Gutachter. BGH, 06.03.2014 - III ZR 320/12 (BGHZ 200, 253), **Ls. a) + Rn. 29**: "§ 839a BGB findet im Wege der Analogie im Allgemeinen auch auf die Haftung eines Sachverständigen Anwendung, der sein Gutachten in einem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft erstattet. **[29]** a) In seinem Anwendungsbereich verdrängt § 839 BGB als vorrangige Spezialregelung konkurrierende Ansprüche aus §§ 823 ff BGB (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1960 - GSZ 1/60, BGHZ 34, 99, 104; Senatsurteile vom 18. Dezember 1972 - III ZR 121/70, BGHZ 60, 54, 62 f und vom 5. April 1990 - III ZR 4/89, NJW-RR 1990, 1500, 1501; Senatsbeschluss vom 1. August 2002 - III ZR 277/01, NJW 2002, 3172, 3173 f) sowie aus § 839a BGB (Staudinger/Wöstmann aaO § 839a Rn. 39 f; vgl. auch Senatsurteil vom 9. März 2006 - III ZR 143/05, BGHZ 166, 313, 316 Rn. 8). Im Rahmen der Haftung nach § 839 BGB tritt gemäß Art. 34 Satz 1 GG - im Wege der befreienden Haftungsübernahme - der Staat beziehungsweise die jeweilige Anstellungskörperschaft als Anspruchsgegner des Geschädigten an die Stelle dessen, der in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat; in diesem Falle scheidet eine persönliche Haftung des Amtsträgers gegenüber dem Geschädigten aus (Senat, Urteil vom 6. Juli 1989 - III ZR 79/88, BGHZ 108, 230, 232; Beschluss vom 1. August 2002 aaO und Urteil vom 22. Juni 2006 - III ZR 270/05, NVwZ 2007, 487 Rn. 6)."

591. Die analoge Anwendung des § 839a BGB ist für staatsanwaltschaftlich beauftragte Gutachten anerkannt, nicht jedoch bei der Beauftragung durch die Berufsgenossenschaft, auch wenn dabei hoheitliches Handeln gegeben ist. OLG Köln, 20.07.2018 - 5 U 200/17 (dejure 2018,28207), **Rn. 24+25**: "Die Vorschrift des § 839a BGB ist im vorliegenden Fall auch nicht analog anwendbar.

Eine analoge Anwendung kann in behördlichen Verfahren in Betracht kommen, wenn die Behörde in einer dem Gerichtsverfahren vergleichbaren, justiziellen Funktion tätig wird. Dies ***ist für das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren anerkannt*** und wird mit der organisatorischen und institutionellen Nähe der Staatsanwaltschaft zum Gericht und mit der Wahrnehmung von Aufgaben der Justizgewährung auf dem Gebiet der Strafrechtspflege begründet (BGH, Urteil vom 06. März 2014 – III ZR 320/12 –, BGHZ 200, 253-263). Um ein solches gerichtsähnliches Verfahren handelte es sich hier aber zweifellos nicht. **[25]** Eine deliktische Haftung des Beklagten ist gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG ausgeschlossen. Wie bereits im Hinweisbeschluss ausgeführt, hat der Beklagte eine hoheitliche Aufgabe wahrgenommen. An der Bewertung der Tätigkeit des Beklagten als hoheitliche ändert auch nichts, dass der Unfallversicherungsträger nach § 200 Abs. 2 1. HS SGB VII vor Erteilung eines Gutachtenauftrages dem Versicherten mehrere Gutachter zur Auswahl benennen soll (vgl. Senatsbeschluss vom 24.07.2017 – 5 U 12/17, juris, Rn. 5). Ebenfalls ohne Bedeutung ist, dass der Beklagte eine freiberufliche, wissenschaftliche Tätigkeit ausübt und er als Sachverständiger seine Einkünfte zu versteuern hat. Nicht gefolgt werden kann schließlich der Argumentation des Klägers, der Beklagte sei lediglich zur Unterstützung und Vorbereitung der allein dem Unfallversicherungsträger obliegenden hoheitlichen Entscheidung herangezogen worden. In Fällen, in denen eine Behörde oder ein Sozialleistungsträger einen ärztlichen Sachverständigen zur Vorbereitung des Erlasses eines Verwaltungsaktes mit der Untersuchung und Begutachtung einer Person beauftragt hat, hat der Bundesgerichtshof wiederholt angenommen, dass der Sachverständige hoheitliche Aufgaben wahrnimmt (BGH, Urteil vom 19.12.1960 - III ZR 194/59, iuris Rn 35 f., VersR 1961,184; Urteil vom 5.10.1972 - III ZR 168/70, iuris Rn. 12, BGHZ 59, 310 ff.)."

592. Der von der Staatsanwaltschaft beauftragte Gutachter haftet nach § 839a BGB, denn die staatsanwaltschaftliche Entscheidung (und ihre Vorbereitungshandlungen) über eine Anklageerhebung ist (positiv wie negativ) eine gerichtliche Entscheidung i.S.d. § 839a BGB. BGH, 24.10.2019 - III ZR 141/18 (NJW 2020, 1592), **Ls. a) + Rn. 18**: "Im Rahmen der analogen Anwendung von § 839a BGB auf Sachverständigengutachten in staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren ist die Anklageerhebung als eine "gerichtliche Entscheidung" im Sinne dieser Vorschrift anzusehen (Bestätigung und Fortführung von Senat, Urteil vom 6. März 2014 - III ZR 320/12, BGHZ 200, 253). **[18]** ***Mit der analogen Anwendbarkeit von § 839a BGB auf das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren geht einher, dass als "gerichtliche Entscheidung" im Sinne dieser Vorschrift auch die Anklageerhebung anzusehen ist.*** Die (analoge) Anwendung von § 839a BGB ist auch dann eröffnet, wenn es nach der Anklageerhebung nicht zur Eröffnung des Hauptverfahrens kommt (§ 204 StPO). Bereits die - auf ein (unrichtiges) Sachverständigengutachten zurückgehende - Anklageerhebung als solche kann erhebliche Nachteile für den Angeschuldigten mit sich bringen, die eine Schadensersatzpflicht des Sachverständigen begründen können. Ein sachlicher Grund dafür, in diesen Fällen eine andere Haftungsregelung anzuwenden als im Falle der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 203 StPO), ist nicht ersichtlich. ***Der Zweck des § 839a BGB gebietet in der einen wie in der anderen Fallgestaltung die Anwendung dieser Norm.***"

593. Beruht ein Strafverfahren auf einem Gutachten, sollten zum Erhalt einer etwaigen Gutachterhaftung alle erfolgversprechenden Beweisanträge gestellt sein. BGH, 24.10.2019 - III ZR 141/18 (NJW 2020, 1592), **Ls. b**: "Das Recht des Angeschuldigten, im Zwischenverfahren Beweisanträge zu stellen und Einwendungen vorzubringen, ist ein "Rechtsmittel" im Sinne von § 839a Abs. 2 in Verbindung mit § 839 Abs. 3 BGB."

594. Das (Straf-)Gericht muss sich mit allgemeinem Parteivorbringen ebenso befassen, wie mit förmlichen Beweisanträgen. BGH, 24.10.2019 - III ZR 141/18 (NJW 2020, 1592), **Rn. 27** "(aa) ***Das Strafgericht ist von Amts wegen verpflichtet, sich mit den Einwänden des Angeschuldigten zu befassen*** und über die Einholung weiterer Beweise im Zwischenverfahren zu befinden (§ 201 Abs. 2 Satz 1, § 202 Satz 1, § 244 Abs. 2 StPO). Ebenso wie bei der Bescheidung eines förmlichen Beweisantrags ist es dabei nicht an die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 bis 5 StPO gebunden (s. etwa MüKoStPO/Wenske, 1. Aufl., § 201 Rn. 25, 31 f; KK- StPO/Schneider, 8. Aufl., § 201 Rn. 12, 18); seine hierzu ergehende Entscheidung ist unanfechtbar (§ 201 Abs. 2 Satz 2, § 202 Satz 2 StPO),

und diesbezügliche Fehler sind nicht revisibel (§ 336 Satz 2 Alt. 1 StPO; Schneider aaO Rn. 22)."

595. Die Amtshaftung des vom Jugendamt beauftragten Gutachters gilt in Übertragung der Amtshaftung des Staatsanwaltschaftlich beauftragten Gutachters (nämlich mit der Hürde des 'Verweisungsprivileges aus § 839 (1) S. 2 BGB). OLG Koblenz, 18.03.2016 - 1 U 832/15 (NJW 2016, 2514), **Rn. 16:** "… Der Bundesgerichtshof hat aber eine Regelungslücke dahingehend erkannt, dass 839a BGB im Wege der Analogie im Allgemeinen auch auf die Haftung eines Sachverständigen Anwendung findet, der sein Gutachten in einem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft erstattet (BGHZ 200, 253 = NJW 2014, 1665). Zur Begründung wird entscheidend auf die organisatorische und institutionelle Nähe der Staatsanwaltschaft zum Gericht abgehoben; die Staatsanwaltschaft nehme gerade keine „typische Behördenfunktion“ wahr, sondern erfülle durch ihre vorbereitende Tätigkeit gemeinsam mit den Gerichten die Aufgabe der Justizgewährung auf dem Gebiet der Strafrechtspflege (a.a.O. Tz. 24 ff.). ***Diese Erwägungen können, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend herausgestellt hat, auf die besondere Aufgabenstellung des Jugendamts im Rahmen des gesetzlichen Schutzauftrags bei Kindeswohlgefährdung übertragen werden.*** ..."

596. Der vom Jugendamt beauftragte Gutachter haftet analog des von der Staatsanwaltschaft beauftragten Gutachters so wie ein gerichtlich beauftragter Gutachter nicht direkt. Es ist der Staat haftbar zu machen! OLG Koblenz, 18.03.2016 - 1 U 832/15 (NJW 2016, 2514), **Rn. 25**: "Die Berufung rügt aber mit Recht, dass im vorliegenden Fall eine persönliche Inanspruchnahme der Beklagten zu 2. ausgeschlossen ist, da sie in Ausübung eines ihr anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat und daher eine befreiende Haftungsübernahme durch den Landkreis als Träger des zuständigen Jugendamtes (§ 2 Abs. 1 AGKJHG [GVBl. 1993 S. 632, BS 216-1]) eingetreten ist (§ 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG). In seinem Anwendungsbereich ***verdrängt § 839 BGB*** als vorrangige Spezialregelung konkurrierende Ansprüche aus ***§§ 823 ff. BGB*** wie auch aus ***§ 839a BGB*** (BGH NJW 2014, 1665 Tz. 29)." Amtshaftung Jugendamt bei Falschgutachten (Gutachter haftet nicht persönlich)

597. Der Staat haftet auch für den von ihm hoheitlich beauftragten Verwaltungshelfer, z. B. private Bauunternehmer. **BGH, 06.06.2019 - III ZR 124/18** (NJW-RR 2019, 1163), **Ls.** : "Die Mitarbeiter eines privaten Unternehmens, die zur Ausführung einer verkehrsbeschränkenden Anordnung der Straßenbaubehörde und des der Anordnung beigefügten Verkehrszeichenplans (§ 45 Abs. 2 und 6 StVO) Verkehrsschilder nicht ordnungsgemäß befestigen, handeln als Verwaltungshelfer und damit als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne. Ihre persönliche Haftung gegenüber einem durch das Verkehrsschild Geschädigten scheidet daher gemäß Art. 34 Satz 1 GG aus (Bestätigung und Fortführung von BGH, Urteil vom 9. Oktober 2014 - III ZR 68/14, NJW 2014, 3580)."

19.5.3 Staatshaftung aus fehlerhafter Rechtsprechung

598. Der Zurechnungszusammenhang eines Schadens zur Amtspflichtverletzung wird nicht durch gerichtliche Fehler unterbrochen. OLG Karlsruhe, 12.11.2015 - 9 U 78/11 (VersR 2016, 254), **Gründe, Kap. II-5.b-cc-aaa**: "Die Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts haben den Zurechnungszusammenhang zwischen den Pflichtverletzungen der Ärzte und dem für den Kläger eingetretenen Schaden nicht unterbrochen. Entscheidend für die Zurechnung des Schadens ist der Zweck der Amtspflichten, die den Ärzten gegenüber dem Kläger oblagen. Die Pflicht zur Ausstellung von ärztlichen Zeugnissen unter Beachtung der insoweit bestehenden fachlichen Standards besteht gerade deshalb, damit eine rechtswidrige Freiheitsentziehung auf Grund eines unrichtigen ärztlichen Zeugnisses vermieden wird. Daraus ergibt sich die Verantwortlichkeit der Beklagten für den eingetretenen Schaden. ***Fehler des Vormundschaftsgerichts und in der späteren Entscheidung des Landgerichts vom 31.03.2008 unterbrechen den Zurechnungszusammenhang nicht*** (vgl. OLG Oldenburg, VersR 1991, 306; im Ergebnis ebenso OLG Stuttgart, OLGR 2001, 61)."

19.5.4 Staatshaftung aus Verletzung der positiven Staatlichen Schutzpflicht

599. Der EMGR sieht beim Staat eine positive Schutzpflicht für die Freiheit seiner Bürger. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nrn. 100, 102**: "Der Gerichtshof ist der Auffassung,

dass die besonderen Umstände der Rechtssache der Beschwerdeführerin auch eine Prüfung der Frage rechtfertigen, ob ihre Freiheitsentziehung dem belangten Staat anzulasten ist, weil dieser eine positive Verpflichtung verletzt hat, die Beschwerdeführerin vor Eingriffen in ihre Freiheit durch Private zu schützen. **[102]** Insoweit ist der Gerichtshof der Auffassung, dass ***Artikel 5 Abs.1 Satz 1 der Konvention auch so auszulegen ist, dass er dem Staat eine positive Pflicht auferlegt, die Freiheit seiner Bürger zu schützen***. Jede Schlussfolgerung, die dahin geht, dass dem so nicht sei, würde nicht nur der Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere zu Artikel 2, 3 und 8 der Konvention, widersprechen. Sie würde darüber hinaus eine große Lücke beim Schutz vor willkürlicher Freiheitsentziehung hinterlassen, die im Widerspruch zu der Bedeutung der persönlichen Freiheit in einer demokratischen Gesellschaft stehen würde. Der Staat ist daher verpflichtet, Maßnahmen zum wirksamen Schutz besonders schutzbedürftiger Personen zu ergreifen sowie angemessene Vorkehrungen zu treffen, um eine Freiheitsentziehung zu verhindern, die den Behörden bekannt ist oder bekannt sein sollte (siehe entsprechend Rechtssache Z und andere .I. Vereinigtes Königreich [GC], Individualbeschwerde Nr. 29392/95, EuGHMR 2001-V, Nr. 73, sowie Rechtssache Ilaşcu und andere .I. Moldau und Russland [GC], Individualbeschwerde Nr. 48787/99, EuGHMHR 2004-VII, Nrn. 332-352, 464)."

600. Die positive Schutzpflicht besteht nicht allein aus Art. 5 (1) EMRK gegen Freiheitsberaubung und zur Gewährleistung von Sicherheit, sondern auch vor Eingriffen von Privaten in das Privatleben nach Art. 8 (1) EMRK. **EGMR, 16.06.2005 - 61603/00** (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 151**: "… Soweit festgestellt wurde, dass der Staat seiner positiven Verpflichtung aus Artikel 8 Abs. 1, die Beschwerdeführerin vor Eingriffen durch Private in ihr Privatleben zu schützen, nicht nachgekommen ist, zieht dieser Ausspruch eine Verletzung von Artikel 8 nach sich."

19.5.5 Grad des Vorsatzes / Verschulden der Amtspflichtverletzung zur Staatshaftung

601. Auch die einfach fahrlässige Amtspflichtverletzung des beamteten Nothelfers unterliegt der Amtshaftung nach § 839 (1) BGB. BGH, 04.04.2019 - III ZR 35/18 (NJW 2019, 1809), **Ls 1+2**: "Bei pflichtwidrig unterlassenen Erste-Hilfe-Maßnahmen von Sportlehrern bei einem Unglücksfall während des Sportunterrichts beschränkt sich die Haftung (§ 839 BGB, Art. 34 Satz 1 GG) nicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, da das Haftungsprivileg für Nothelfer (§ 680 BGB) nicht eingreift. **[2]** Bei grober Fahrlässigkeit sind in einem solchen Fall die im Arzthaftungsrecht entwickelten Beweisgrundsätze bei groben Behandlungsfehlern (**Beweislastumkehr**), die nach der Senatsrechtsprechung entsprechend bei grober Verletzung von spezifisch dem Schutz von Leben und Gesundheit dienenden Berufs- oder Organisationspflichten (Kernpflichten) gelten, nicht anwendbar, da es sich bei der Amtspflicht der Sportlehrer zur Ersten Hilfe nicht um eine Haupt-, sondern nur eine Nebenpflicht der Lehrkräfte handelt."

602. Grobe Pflichtverletzungen können (z. B. mit Fahrverbot) sanktioniert werden. BGH, 11.09.1997 - 4 StR 638/96 (NJW 1997, 3252), **Rn. 18**: "1. Alleinige Rechtsgrundlage für die Anordnung eines Fahrverbots wegen einer Verkehrsordnungswidrigkeit ist – auch bei Taten, bei denen diese Rechtsfolge nach § 2 Abs. 1 und 2 BKatV in der Regel in Betracht kommt - § 25 Abs. 1 Satz 1 StVG (BGHSt 38, 125, 127). Nach dieser Vorschrift kann in den aufgrund der Vorlage zu beurteilenden Fallgestaltungen ein Fahrverbot u.a. dann verhängt werden, wenn der Betroffene eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG unter grober Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat."

603. Pflichtverletzungen können nur vorliegen, wenn sie in objektiver Hinsicht Gewicht haben. BGH, 11.09.1997 - 4 StR 638/96 (NJW 1997, 3252), **Rn. 19**: "Die Annahme einer groben Pflichtverletzung setzt zunächst voraus, daß der Zuwiderhandlung in objektiver Hinsicht Gewicht zukommt. Sie ist im allgemeinen nur bei abstrakt oder konkret gefährlichen Ordnungswidrigkeiten gerechtfertigt, die immer wieder die Ursache schwerer Unfälle bilden (BT-Drucks. V/1319, S. 90)."

604. Für das zur Sanktion notwendige 'besondere objektive Gewicht' einer Pflichtverletzung genügt ihre Grobheit allein noch nicht, sondern es muss auch eine subjektive Verantwortungslo-

sigkeit hinzu kommen, also grober Leichtsinn, grobe Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit. BGH, 11.09.1997 - 4 StR 638/96 (NJW 1997, 3252), **Rn. 20**: "Das besondere objektive Gewicht einer Ordnungswidrigkeit vermag indes die Annahme einer groben Pflichtverletzung für sich allein nicht zu tragen. Hinzu kommen muß vielmehr, daß der Täter auch subjektiv besonders verantwortungslos handelt. Eine grobe Pflichtverletzung kann ihm nur vorgehalten werden, wenn seine wegen ihrer Gefährlichkeit objektiv schwerwiegende Zuwiderhandlung subjektiv auf groben Leichtsinn, grobe Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit zurückgeht (BVerfG DAR 1996, 196, 197; BayObLG NZV 1990, 401; 1994, 370; OLG Saarbrücken NZV 1993, 38, 39; Geppert DAR 1997, 260, 263; Hentschel in Festschrift für Salger, 1995, S. 471, 472 f.; ders. in Jagusch/Hentschel Straßenverkehrsrecht 34. Aufl. § 25 StVG Rdn. 14; Deutscher NZV 1997, 20; aA OLG Düsseldorf DAR 1992, 271)."

605. Die grob fahrlässige Verletzung einer (nur) Nebenpflicht rechtfertigt keine Beweislastumkehr, wie sie aus dem Arzthaftungsrecht bekannt ist. BGH, 04.04.2019 - III ZR 35/18 (NJW 2019, 1809), **Rn. 23**: "Eine Verletzung dieser Nebenpflicht, auch wenn sie grob fahrlässig erfolgt sein sollte, rechtfertigt keine Beweislastumkehr in Anlehnung an die oben aufgeführten Fallgruppen."

606. Amtshaftung für richterliche Amtspflichtverletzungen besteht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Zumindest einstweilige Anordnungen werden dazu nicht auf Richtigkeit, sondern nur auf ihre Vertretbarkeit hin überprüft. OLG München, 06.04.2009 - 1 U 5249/08 (FamRZ 2009, 1863), **Rn. 6**: "Das Landgericht hat zunächst zutreffend darauf hingewiesen, dass unabhängig von der Frage, ob das Spruchrichterprivileg auch für Entscheidungen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ***für richterliche Amtspflichtverletzungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB*** der Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu beachten ist, so dass der Sache nach ***nur eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit*** gegeben sein kann (vgl. BGH NJW 2003, 3252). Der Bundesgerichtshof hat in dem zitierten Urteil weiter ausgeführt, dass ***zumindest einstweilige Anordnungen im Unterbringungsverfahren*** im Amtshaftungsprozess ***nicht uneingeschränkt auf ihre sachliche Richtigkeit, sondern nur*** unter dem Gesichtspunkt ***zu überprüfen sind, ob sie vertretbar sind***. Im allgemeinen wird für die richterliche Tätigkeit und die Ermessensentscheidung im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur dann ein amtspflichtwidriges Handeln angenommen, wenn die Entscheidung des Richters ***so fehlsam erscheint***, dass sie mit den an eine ordnungsgemäße Richtertätigkeit zu stellenden Anforderungen ***schlechthin, d. h. jedem sachlich Beurteilenden einleuchtend, unvereinbar*** ist (vgl. Staudinger, BGB, Wurm, § 839, Rdnr. 672)."

607. Nach der Rechtsprechung des BGH ist für eine vorsätzliche pflichtwidrige Unterlassung, wie auch für die unerlaubte Handlung im Sinne von § 839 BGB ausreichend, dass sich der Vorsatz auf die Verletzung der Amtspflicht bezieht. Es genügt, dass der Amtsträger mit der Möglichkeit eines Verstoßes rechnen muss und diese billigend in Kauf nimmt. BGH, 09.05.1996 - III ZR 109/95 (NVwZ-RR 1996, 625), **Rn. 10, 11 + 12**: "… ***Der Maßstab*** für die Prüfung der Frage, ***ob Vorsatz*** vorgelegen hat, muß dabei, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, ***aus § 839 BGB*** entnommen werden. **[11]** Nach der ***ständigen Rechtsprechung*** des Bundesgerichtshofs handelt ein Amtsträger ***vorsätzlich***, wenn er sich bewußt über die Amtspflicht hinwegsetzt. Zum Vorsatz gehört nicht nur die Kenntnis der Tatsachen, aus denen die Pflichtverletzung sich objektiv ergibt, sondern auch das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, d.h. das Bewußtsein, gegen die Amtspflicht zu verstoßen. Zumindest ***muß der Amtsträger mit der Möglichkeit eines solchen Verstoßes rechnen und diesen billigend in Kauf nehmen*** (vgl. nur Senat, BGHZ 120, 176, 181). **[12]** Ausgehend hiervon hat das Berufungsgericht zu Recht einen ***vorsätzlichen Verstoß*** des Gefreiten S. -E. ***gegen*** die ihm obliegende ***Pflicht, über die Waffenstörung zu berichten***, für gegeben erachtet."

19.6 Schadenersatz von mehreren Gesamtschuldnern

Siehe auch Drittwiderklage (Kap. **29.11.1 f**!) und Streitverkündung (Kap. **29.8** !)

608. Der gesamtschuldnerisch Mitverklagte kann sich ggf. auch noch im nachfolgenden Innenaus-

gleich vollständig schuldlos stellen. BGH, 20.11.2018 - VI ZR 394/17 (NJW 2019, 1751), **Ls.**: "Werden zwei einfache Streitgenossen **[d. h. nicht Streitverkündete]** rechtskräftig zur Zahlung von Schadensersatz als Gesamtschuldner verurteilt, so steht ihre Haftung zwar im Verhältnis zum Gläubiger, nicht aber im Verhältnis zwischen den Streitgenossen selbst rechtskräftig fest. Jedem der rechtskräftig als Gesamtschuldner verurteilten Streitgenossen bleibt im nachfolgenden Rechtsstreit um den Innenausgleich damit die Möglichkeit, die im Vorprozess bejahte Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber und damit auch das Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses überhaupt in Frage zu stellen (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 922, 923)."

609. Die gesamtschuldnerische Klage ist auch wegen unerlaubter Unterlassung möglich, z. B. bei unterlassener Aufsicht der Klinik. BGH, 20.11.2018 - VI ZR 394/17 (NJW 2019, 1751), **Rn. 2 + 8**: "Während eines Ferienaufenthalts seiner Therapiegruppe vergewaltigte er einen ebenfalls minderjährigen Mitpatienten (im Folgenden: Geschädigter), der gemeinsam mit dem Beklagten in einem Zimmer untergebracht worden war. Auf Klage des Geschädigten wurden der Beklagte und die Klinik mit Urteil des Landgerichts Mühlhausen vom 22. Februar 2013 in der Hauptsache ***gesamtschuldnerisch zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 4.000 € verurteilt***; das Urteil ist rechtskräftig. **[8]** Aufgrund der vorsätzlich begangenen Vergewaltigung habe der Beklagte im Innenverhältnis zur Klinik, die nach den gemäß § 325 ZPO in Rechtskraft erwachsenen Feststellungen des Landgerichts dem Geschädigten gegenüber nach § 832 Abs. 2 BGB wegen ***Verletzung ihrer Aufsichtspflicht*** über den Beklagten hafte, den Schaden gemäß § 840 Abs. 2 BGB allein zu tragen."

610. Die nicht abgegrenzte Gesamtschuld deliktischen Handelns ist auf den mitgetragenen Planungsumfang beschränkt. BGH, 19.12.2017 - 3 StR 515/17 (NStZ-RR 2018, 121), **Rn. 5**: "Dagegen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken. Das Landgericht hat die Höhe des Schmerzensgeldes mit dem Ausmaß der dem Geschädigten zugefügten Verletzungen begründet. Die schweren und lebensgefährlichen Verletzungen fügte ihm jedoch allein der Angeklagte K. - insoweit im Exzess handelnd - zu. Damit kommt eine Zurechnung dieser Tatbeiträge aber auch bei der Prüfung der Frage, inwieweit sich die Angeklagten Ad. N. und A. N. im Sinne des § 830 Abs. 1 BGB als Mittäter an einer die zivilrechtliche Haftung begründenden deliktischen Verhaltensweise beteiligten, nicht in Betracht, was wiederum den Umfang ihrer gesamtschuldnerischen Haftung nach § 840 Abs. 1 BGB begrenzt. Die Beurteilung richtet sich insoweit nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Die wechselseitige Zurechnung der einzelnen Tatbeiträge reicht dabei nicht weiter als der gemeinsame Vorsatz und scheidet aus, soweit einer der Mittäter im Exzess Handlungen begeht, die vom gemeinsamen Tatplan und dem Vorsatz der anderen nicht gedeckt sind. Auch die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes bei vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten kann - entgegen der Ansicht des Landgerichts - nicht zur Begründung dafür herangezogen werden, die Angeklagten Ad. N. und A. N. in gleicher Höhe wie den Angeklagten K. zur Schmerzensgeldzahlung zu verurteilen (vgl. zum Ganzen BGH, Beschlüsse vom 7. Februar 2013 - 3 StR 468/12, juris; vom 8. Januar 2014 - 3 StR 372/13, StraFo 2014, 217; vom 28. April 2015 - 3 StR 52/15, NStZ-RR 2015, 320)."

611. Diese Schadenersatzklage richtet sich auf gesamtschuldnerische Inanspruchnahme von 2 Beklagen und umfasst eine Drittwiderbeklagte, eine Quotierung der Haftungsanteile und Freistellungen. Auch künftige Ansprüche, sowie Freistellungen zu diesen können quotiert werden. OLG München, 11.06.2019 - 24 U 2049/18 (dejure 2019,91929), **Tenor I., 1-3**: "Auf die Berufung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten wird das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 18.05.2018, Az. 042 O 2840/15, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst: 1. Der Drittwiderbeklagte wird verurteilt, an die Drittwiderklägerin 92.487,63 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 31.12.2016 zu zahlen. 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, die Klägerin in Höhe von 20% der durch diese zur Erfüllung der Ansprüche aus dem Geburtsschadensfall S. F. vom ....1997 entstandenen oder auch noch entstehenden Ansprüche, seien es Direktansprüche oder auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangene Ansprüche, freizustellen. 3. Es wird festgestellt, dass der Drittwiderbeklagte verpflichtet ist, der Beklagten zu 1) 80% jeden weiteren Schadens zu ersetzen, der ihr durch die Inanspruchnahme ihrer Versicherungsnehmerin, der Beklagten zu 2), durch die Geschädigte des Geburtsschadens-

falls S. F. vom ...1997, insbesondere durch Sozialversicherungsträger und sonstige Dritte, auf welche Ansprüche kraft Gesetzes übergegangen sind oder noch übergehen werden, oder durch die unmittelbar Geschädigte selbst, noch entstehen werden bzw. die Beklagte zu 1) insoweit freizustellen."

19.7 Staat und Privatrechtsträger in Gesamtschuld

612. Die gesamtschuldnerische Haftung aus § 830 BGB soll auf europäischer Ebene auch bei verbundenem deliktischen Handeln von Amtsträgern und Privatrechtssubjekten (=Korruption) sichergestellt werden. Korruptions-Zivilrechtsübereinkommen_CETS_174 (noch nicht ratifiziert, rm.coe.int/168007f58a), **Art. 4 (2)**: "Jede Vertragspartei sieht in ihrem innerstaatlichen Recht vor, dass mehrere Beklagte, die wegen derselben Korruptionshandlung schadensersatzpflichtig sind, als Gesamtschuldner haften."

613. Die Aufhebung der Gesamthaftung durch Teilurteil ist für das Gericht nicht zulässig. BGH, 08.12.1992 - VI ZR 349/91 (BGHZ 120, 376), **Rn. 17**: "Ist ein Beamter wegen einer Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB auf Leistung von Schadensersatz allein verklagt, so kann allerdings, wenn eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht auszuschließen ist, die Klage als (derzeit) unbegründet abgewiesen werden. Wird aber die Amtshaftungsklage wegen desselben Schadens mit der Klage gegen einen anderen verbunden, und ist die Frage, ob diesen eine Ersatzpflicht trifft, noch nicht entscheidungsreif, dann darf die Amtshaftungsklage nicht mit dem Hinweis auf die noch nicht geklärte Ersatzpflicht des (einfachen) Streitgenossen durch Teilurteil abgewiesen werden, weil die Entscheidung hierüber für den durch Teilurteil entschiedenen Amtshaftungsanspruch präjudiziell ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 1958 - III ZR 200/56 - VersR 1958, 451)."

614. Hier wurde die gesamtschuldnerische Inanspruchnahme der (als erkennbar vorsätzlich handelnden) Polizei versäumt: OLG Karlsruhe, 12.11.2015 - 9 U 78/11 (VersR 2016, 254), **Gründe, Kap. II-8.-a-bb-ccc**: "Es gibt im vorliegenden Fall Umstände, die dafür sprechen, dass die Polizeibeamten sich bei der Anzeige vom 16.06.2007 über eine vorherige entgegengesetzte Beurteilung durch die Ärzte der Beklagten - ein pflichtgemäßes Handeln der Ärzte unterstellt - hinweggesetzt hätten. Denn es ist zumindest ernsthaft möglich, dass die Polizeibeamten sowohl bei der Verbringung des Klägers in die Klinik der Beklagten am 15.06.2007 als auch bei der Anzeige an die Fahrerlaubnisbehörde am Folgetag wussten, dass für eine Unterbringung des Klägers keine Grundlage bestand, dass insbesondere keine Anknüpfungstatsachen für eine mögliche Fremdgefährdung durch den Kläger vorhanden waren. Wenn die Polizeibeamten damals ***aus sachfremden Erwägungen*** handelten, erscheint es plausibel, dass die Polizeibeamten sich von der Anzeige am 16.06.2007 auch dann nicht hätten abhalten lassen, wenn der Kläger am Vortag nicht in der Klinik der Beklagten aufgenommen worden wäre. Das bedeutet: ***Möglicherweise haben die zuständigen Polizeibeamten allein - ohne eine Mitverursachung durch die Ärzte der Beklagten - die Ursachenkette in Gang gesetzt, die letztlich zur Entziehung der Fahrerlaubnis führte.***"

615. Die Inanspruchnahme des Staates wegen einer durch unterlassene Kontrolle ermöglichten privaten Kriminalität ist unter dem gesamtschuldnerischen Rechtsgedanken des § 830 BGB eröffnet und umfasst auch 'mögliche' zukünftige materielle und immaterielle Schäden. LG Stuttgart, 07.02.2003 - 15 O 276/02 (dejure 2003,15904), **Tenor 1 + 2; Rn. 104 + 105**: "Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von ***25.000,00 EUR*** zu bezahlen. 2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen und ***zukünftigen immateriellen Schäden*** zu ersetzen, die ihm durch den Aufenthalt bei den Pflegeeltern R. entstanden sind bzw. noch entstehen, soweit diese Ansprüche nicht auf Dritte, insbesondere Sozialversicherungsträger übergegangen **[104]** Zum anderen lassen sich die beim Kläger möglicherweise durch den Aufenthalt in der Pflegefamilie R. entstandenen Schäden rein tatsächlich den verschiedenen Zeiträumen nicht zuordnen, in denen der Landkreis H. und der Beklagte als Träger der Jugendhilfe zuständig waren. ***Nach dem Rechtsgedanken von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist somit der gesamte Schaden auch vom Beklagten zu ersetzen***. **[105]** Die Kammer geht davon aus, dass die ***Möglichkeit*** besteht, dass dem Kläger sowohl materielle Schäden entstanden sind als auch weitere materielle und immaterielle Schäden entstehen. Bei der Schwere der Misshandlungen und den damit ver-

bundenen Folgen ist dies naheliegend. Daher ist der Feststellungsantrag, soweit er zulässig ist, auch begründet - abgesehen davon, dass eine Einschränkung für Ansprüche zu machen war, die auf Dritte übergegangen sind."

616. Für das Verschulden eines Zivildienst leistenden 'Erfüllungsgehilfen' in der privatrechtlichen Klinik, welches der Amtshaftung unterfällt, besteht für den Geschädigten die gesamtschuldnerische Haftung von Staat und Klinik. BGH, 14.11.2002 - III ZR 131/01 (BGHZ 152, 380), **Ls.**: "Der Umstand, daß die Bundesrepublik für Schäden, die ein Zivildienstleistender in Ausübung seines Dienstes Dritten zufügt, nach Amtshaftungsgrundsätzen einzustehen hat, schließt eine vertragliche Haftung des Trägers einer als Beschäftigungsstelle anerkannten privatrechtlichen Einrichtung, die sich des Zivildienstleistenden zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten bedient hat, nicht aus. In einem solchen Fall kann die Bundesrepublik den Geschädigten nicht auf die Vertragshaftung der Beschäftigungsstelle als anderweitige Ersatzmöglichkeit verweisen, sondern ***es besteht gegenüber dem Geschädigten eine gesamtschuldnerische Haftung***."

19.8 Entschädigung aus Enteignungen

617. Ansprüche aus eigener Leistung haben Eigentumsnatur, lediglich versprochene oder gewährte Leistungen hingegen nicht. BVerfG, 08.06.1977 - 2 BvR 499/74, 2 BvR 1042/75 (BVerfGE 45, 142), **Rn. 79**: "Das Bundesverfassungsgericht hat öffentlich-rechtliche Rechtspositionen des privaten Einzelnen dann in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG einbezogen, wenn der Einzelne dabei eine Rechtsstellung erlangt hat, die der des Eigentümers entspricht. Ein subjektiv-öffentliches Recht ist eigentumsähnlich verfestigt, wenn nach seiner gesamten rechtlichen Ausgestaltung und nach dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes es als ausgeschlossen erscheint, daß der Staat dieses Recht ersatzlos entziehen kann (BVerfGE 1, 264 [274 ff.]; 4, 219 [240]; 15, 167 [200]; 16, 94 [112]; 38, 128 [138]). Eine solche Verfestigung hat das Bundesverfassungsgericht jedenfalls dann bejaht, wenn die vom öffentlichen Recht eingeräumte Rechtsstellung auf eine eigene Leistung zurückzuführen ist; es hat sie verneint, wenn sie ausschließlich auf staatlicher Gewährung beruht (vgl. BverfGE 1, 264 [278]; 11, 221 [226]; 22, 241 [253]; 36, 281 [290]; 42, 263 [292 ff.]; 2, 380 [402]; 14, 288 [294 ff.]; 16, 94 [113])."

19.9 Keine gewährte Entschädigung

618. Ein auf Unfallfürsorge klagender Vollzugsbeamte erhielt diese nicht, weil die Kausalität seines Tinnitus mit der Schießübung nicht nachgewiesen werden konnte. VG München, 08.02.2011 - M 5 K 10.3387 (dejure 2011,67656), **Rn. 5, 6, 8, 18, 29**: "***Am … 2009 nahm der Kläger an einem dienstlichen Schießtraining teil, bei dem er den Hörschutz nicht über das linke Ohr gezogen und dennoch einen Schuss abgegeben hatte***. In der Folge habe er ein dumpfes Gefühl wie „Wasser im Ohr“ bemerkt und in der folgenden Nacht ein Ohrgeräusch im linken Ohr. Der vom Kläger am … 2009 aufgesuchte Dr. E. (Hals-Nasen-Ohrenarzt) diagnostizierte ein akutes Lärmtrauma mit persistierendem Tinnitus links (Attest vom 6.8.2009). Das Ohrgeräusch wurde links bei 1 kHz und 15 dB angegeben. Das Landratsamt … - Gesundheitsamt - teilte am … 2009 mit, dass nach Rücksprache mit dem behandelnden Facharzt das akute Lärmtrauma mit persistierendem Tinnitus links als durch das Schießtraining wesentlich verursacht anzusehen sei. **[6]** Ein vom Landesamt für Finanzen bei Prof. Dr. M. eingeholtes hals-, nasen-, ***ohrenfachärztliches Gutachten*** vom … 2009 kam zu dem Ergebnis, dass die geklagten Beschwerden ***nicht kausal mit einem Knalltrauma*** verknüpft werden könnten. … **[8]** … Nach einem Attest der Dres. P./K. vom … 2010 ***beruhe der Tinnitus*** weder auf ***Blutdruckschwankungen*** noch Nebenwirkungen der ***Medikamente***, die der Kläger seit Jahren zur Behandlung des Bluthochdrucks einnehme. **[18]** Das Gericht hat in der mündlichen Verhandlung am 8. Februar 2011 ***Beweis zur Ursächlichkeit*** des Unfallereignisses vom … 2009 für die vom Kläger geklagten Körperschäden sowie zur Erläuterung des Gutachtens vom … 2009 und der Stellungnahme vom … 2010 ***durch Einvernahme von Prof. Dr. M. als sachverständigen Zeugen*** erhoben. Bezüglich weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichts- und vorgelegten Behördenakten sowie insbesondere hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf die Niederschrift vom 8. Februar 2011 verwiesen. **[29]** c) Vor diesem Hintergrund besteht ***kein Anspruch auf*** Bewilligung der unter

dem … und … 2009 beantragten ***Unfallfürsorgeleistungen***, da sie für die Behandlung des Tinnitus und der daraus resultierenden Folgen gewährt werden sollen. ..."

19.10 Entschädigungshöhe - Beispiele

619. Diverse Haftentschädigungen nach § 7 StrEG, deren Satz am 08.10.2020 (Buzer) von 25 € auf 75 € pro Tag angehoben wurde dargelegt in OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 235**: "Diese Schmerzensgeldbemessung passt auch in den von den vergleichsweise wenigen veröffentlichten Entscheidungen zum Schmerzensgeld im Rahmen der Gutachterhaftung bzw. der unberechtigten Freiheitsentziehung gebildeten Referenzrahmen. So war einem Mann, der auf Grund eines grob fahrlässig fehlerhaften anthropologischen Vergleichsgutachtens und einer Strafverurteilung des Betroffenen u. a. wegen schwerer räuberischer Erpressung (Bankraubes) zu einer ***Freiheitsstrafe*** von neun Jahren, von der er insgesamt ***2.186 Tage*** (einschließlich erlittener Untersuchungshaft) bzw. 1.973 Tage (ohne erlittene Untersuchungshaft) verbüßte, bis er in einem Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wurde, im Jahr 2007 ein nicht auf eine Entschädigung innerhalb der Grenzen des StrEG beschränkter Geldentschädigungsanspruch zuerkannt worden. Auf Grund einer Gesamtbetrachtung wurde ein Betrag von ***150.000 €*** als billige Geldentschädigung wegen der erlittenen Freiheitsentziehung und der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als angemessen und ausreichend angesehen (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 02.10.2007 - 19 U 8/07, juris Rn. 48 f.). Unter Berücksichtigung der Indexanpassung für 2017 entspricht dies ***169.255 €*** (Hacks/Wellner/Häcker, Schmerzensgeld-Beträge 36. Aufl. Lfd. Nr. 2652). Einem 20-jährigen Mann, der auf Grund eines grob fahrlässigen fehlerhaft erstellten Gutachtens eine ***neun Jahre lange Freiheitsentziehung erlitt durch Unterbringung in psychiatrischen Krankenhäusern***, in denen ihm während der Verweildauer Medikamente verabreicht wurden, war ein Schmerzensgeld in Höhe von insgesamt ***500.000 DM*** zuerkannt worden (LG Marburg NJW-RR 1996, 216). Unter Berücksichtigung der Indexanpassung für 2017 entspricht dies ***337.670 €*** (Hacks/Wellner/Häcker, aaO Lfd. Nr. 2653). Einem anderen Mann, der auf Grund eines Versäumnisses seines Strafverteidigers (also nicht eines gerichtlichen Sachverständigen) ***76 Tage Untersuchungshaft*** erlitt, wurde im Jahre 2005 unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des dortigen Klägers ein Schmerzensgeld in Höhe von ***7.000 €*** zuerkannt (KG NJW 2005, 1284). Unter Berücksichtigung der Indexanpassung für 2017 entspricht dies ***8.348 €*** (Hacks/Wellner/Häcker, aaO Lfd. Nr. 2642)."

620. Wegen der Persönlichkeitsrechtsverletzung der Tochter von Caroline von Hannover durch wiederholte Presseveröffentlichungen einer Mediengruppe gab es 150.000 DM (76.000 €) Entschädigung. BGH, 05.10.2004 - VI ZR 255/03 (NJW 2005, 215), **Abs. 6 + 13**: "Das Landgericht hat der auf Zahlung einer Geldentschädigung von mindestens 300.000 DM gerichteten Klage in Höhe von ***150.000 DM*** stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der vom Kammergericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. **[13]** II. Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand."

621. Eine bekannte, 39 jährige Sportlerin erhielt wegen der unerlaubten (als Rache-Video getätigten) Veröffentlichung von 15 selbst gedrehten Pornovideos durch einen Luxemburgischen Immobilienmakler statt verlangter 150.000 € immerhin 120.000 €. LG Düsseldorf, 14.06.2023 - 12 O 55/22 (dejure 2023,20918), **Tenor zu 3, Rn. 17+42**: "Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin wegen der Handlungen gemäß Ziffer 1. einen Betrag in Höhe von ***120.000,00 €*** nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.04.2022 zu zahlen. **[17]** Die Klägerin beantragt, … den Beklagten zu verurteilen, wegen Handlungen gem. Ziffer 1 an die Klägerin eine der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellte, angemessene Geldentschädigung, die einen Betrag in Höhe von ***150.000,00 €*** nicht unterschreitet, zzgl. Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz liegender Zinsen zu zahlen; ... **[42]** Nach Maßgabe dieser Grundsätze erachtet die Kammer angesichts des Ausmaßes und der Schwere der Persönlichkeitsverletzungen eine Entschädigung von insgesamt ***120.000,00 €*** für angemessen. Von den 15 Videos enthalten 12 Videos nicht nur Nacktaufnahmen (überwiegend des gesamten Körpers), sondern mehrere Videos auch explizit sexuelle Inhalte und Darstellungen (wie

z.B. Masturbationsszenen und (Nah-)Aufnahmen des Intimbereichs und von der Penetration mit einem Sexspielzeug und anderen Gegenständen). Die drei weiteren Videos weisen aufgrund der Handlung und der Bezeichnung („blowjob“) ebenfalls einen erkennbaren sexuellen Bezug auf."

622. Eine Unterbringung beinhaltet die Rufschädigung als möglicher Weise gefährliche Person. Diese wird bei der Höhe von Schmerzensgeld (dort 25.000 € für 58 Tage Unterbringung) berücksichtigt. OLG Karlsruhe, 12.11.2015 - 9 U 78/11 (VersR 2016, 254), **Gründe, Kap. II-6.-d**: "Der Senat hat bei der Höhe des Schmerzensgelds zudem berücksichtigt, dass eine öffentlich-rechtliche Unterbringung sich für den Betroffenen und ***seine weitere Zukunft erheblich stigmatisierend*** auswirken kann. Der Kläger muss grundsätzlich damit rechnen, dass Dritte, die - auch langfristig in der Zukunft - von seiner Unterbringung erfahren, zumindest den Verdacht hegen, dass eine ***Gefährdungsprognose*** im Sinne von § 1 Abs. 4 UBG für die Unterbringung entscheidend war. Wenn der Kläger tatsächlich, wie die Beklagte meint, an einer Psychose leidet, werden die voraussichtlichen immateriellen Beeinträchtigungen für den Kläger nicht geringer, sondern größer. Gerade dann, wenn Dritte (Mitarbeiter von Behörden, zukünftige Arbeitgeber, Vermieter oder Bekannte) den Kläger für psychisch krank halten, wird die Tatsache der Unterbringung, auch wenn die Rechtswidrigkeit festgestellt wurde, in der Zukunft ***mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Bedeutung haben können*** für die Frage, wie andere Personen den Kläger einschätzen und behandeln."

20 Staatsrecht

20.1 _Grundsätzliches Staatsrecht

20.1.1 Prinzipien der Freiheit und das Verhältnis von Staatsapparat und Bürger

623. Der Staat handelt im Auftrag der Bürger und ist ihnen rechenschaftspflichtig. BVerfG, 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 (BVerfGE 128, 226), **Abs. [49]**: "... Während der Bürger prinzipiell frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden. ... Demgegenüber handelt der Staat in treuhänderischer Aufgabenwahrnehmung ***für die Bürger und ist ihnen rechenschaftspflichtig***."

624. Die Freiheitsrechte aller Bürger reichen bis hin zum selbstbestimmten Sterben. BVerfG, 26.02.2020 - 2 BvR 2347/15 u. a. (BVerfGE 153, 182), Rn. 1a): "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben."

625. Die Würde des Menschen ist nicht Grenze der Selbstbestimmung, sondern ihr Grund. BVerfG, 26.02.2020 - 2 BvR 2347/15 u. a. (BVerfGE 153, 182), Rn. 211: "… Die Würde des Menschen ist folglich nicht Grenze der Selbstbestimmung der Person, sondern ihr Grund: Der Mensch bleibt nur dann als selbstverantwortliche Persönlichkeit, als Subjekt anerkannt, sein Wert- und Achtungsanspruch nur dann gewahrt, wenn er über seine Existenz nach eigenen, selbstgesetzten Maßstäben bestimmen kann (vgl. Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 86 ff.; Nettesheim, AöR 130 <2005>, S. 71 <105 f.>)."

20.1.2 Was der Staat nicht darf

626. Der Staat darf sich nicht über das Hausrecht in das Privatrecht flüchten. BVerfG, 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 (BVerfGE 128, 226), **Abs. [50]**: "... Eine Flucht aus der Grundrechtsbindung in das Privatrecht [inkl. Hausrecht] mit der Folge, dass der Staat unter Freistellung von Art. 1 Abs. 3 GG als Privatrechtssubjekt zu begreifen wäre, ist ihm verstellt."

627. Es ist dem Staat als Grundrechts gebundenen Rechtsträger verwehrt, seinen Bürgern eine allgemeine Erlaubnispflicht aufzulegen. BVerfG, 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 (BVerfGE 128, 226), **Abs. [91]**: "... gegenüber einem unmittelbar grundrechts-gebundenen Rechtsträger scheidet damit eine allgemeine Erlaubnispflicht [von Versammlungen] ... auch auf der Grundlage des Hausrechts aus. …"

628. Der Staat hat nicht das Recht, seine zur freien Willensbestimmung fähigen Bürger zu erzie-

hen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst gesundheitlich zu schädigen. OLG München, 10.08.2007 - 33 Wx 154/07 (FGPrax 2007, 267), **Kap. II.-2.-a)**: "… Auch eine Unterbringung zur Verhinderung einer Selbstschädigung infolge psychischer Erkrankung setzt voraus, dass der Betroffene aufgrund der Krankheit seinen Willen nicht frei bestimmen kann. Dies sagt das Gesetz nicht ausdrücklich, es ergibt sich aber aus einer verfassungskonformen Auslegung, denn ***der Staat hat von Verfassungs wegen nicht das Recht, seine erwachsenen und zur freien Willensbestimmung fähigen Bürger zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst gesundheitlich zu schädigen*** (BVerfGE 22, 180/219 f. = NJW 1967, 1795; BayObLGZ 1993, 18/19; BayObLG NJWE-FER 2001, 150)."

20.2 Grundrechtsbindung der Monopolisten

629. Marktbeherrschende Unternehmen sind Grundrechts verpflichtet. LG Bamberg, 18.10.2018 - 2 O 248/18 (MMR 2019, 56), **Rn. 54 + 56**: "Soweit die Grundrechte des Verfügungsklägers betroffen sind, hat diese die Verfügungsbeklagte in Ausübung ihrer Rechte aufgrund ihrer Quasi-Monopolstellung in erhöhtem Maße zu beachten. **[56]** So wird facebook.com alleine in Deutschland von ca. 30 Millionen Nutzern genutzt (Quelle: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahlderaktivennutzervon-facebook/). Aufgrund der hohen Nutzerzahlen nimmt die Plattform der Verfügungsbeklagten daher einen Stellenwert im Rahmen des Informations- und Meinungsaustauschs ein, der in allen Bereichen des öffentlichen Lebens - auch des politischen - eine so große Rolle spielt, dass damit eine Quasi-Monopolstellung (so auch OLG Dresden vom 08.08.2018, BeckRs 2018, 18249 Rn. 19) einhergeht, im Rahmen derer die Grundrechte nahezu unmittelbar Geltung beanspruchen können."

630. Auch unentgeltliche Vertragsverhältnisse bestehen aus Rechten und Pflichten. LG Bamberg, 18.10.2018 - 2 O 248/18 (MMR 2019, 56), **Rn. 31**: "Zwar ist die Nutzung der Plattform für Privatpersonen unentgeltlich, ein Vertragsverhältnis wird aber gleichwohl durch das Zur-Verfügungstellen der Nutzungsmöglichkeiten durch die Verfügungsbeklagte einerseits und das Nutzen dieser Möglichkeiten durch den Nutzer - hier den Verfügungskläger - andererseits begründet."

20.3 Überstaatliches Recht, Gesellschaftskonventionen, Naturrecht,

631. Eigentum ist ein einfacher, jedermann geläufiger Rechtsbegriff. BGH, 10.12.2015 - IX ZR 272/14 (NJW 2016, 957), **Rn. 12**: "… Da es sich bei dieser speziellen Versicherungsart nicht um einen - wie etwa ***Eigentum - jedermann geläufigen einfachen Rechtsbegriff*** handelt …"

21 Strafprozessrecht allgemein

21.1 Willkür

632. Das Richterprivileg schützt Richter vor Strafverfolgung der Rechtsbeugung ziemlich umfassend. BVerfG, 15.01.2020 - 2 BvR 1763/16 (NJW 2020, 675), **Rn. 60**: "Der Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) entfaltet Sperrwirkung, sodass Richter wegen Straftaten, die in einem inneren Zusammenhang mit der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache stehen, nur belangt werden können, wenn sie sich zugleich wegen Rechtsbeugung strafbar gemacht haben (vgl. BGH, Urteil vom 15. September 1995 - 5 StR 713/94 -, NJW 1995, S. 3324 <3326>; Kuhlen, in: Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 339 Rn. 90; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 339 Rn. 17; Uebele, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 339 Rn. 71). Der Anwendungsbereich des § 339 StGB beschränkt sich nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung auf elementare Verstöße gegen die Rechtspflege sowie auf Fälle, in denen sich der Amtsträger in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an seinen eigenen Maßstäben ausrichtet (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2000 - 2 StR 276/00 -, NStZ-RR 2001, S. 243 <244>; Beschluss vom 15. August 2018 - 2 StR 474/17 -, NJW 2019, S. 789 <791>). Dabei erfüllt nicht jede unrichtige Gesetzesanwendung oder jeder Ermessensfehler den Tatbestand der Rechtsbeugung. In subjektiver Hinsicht muss sich der Täter bewusst in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernen (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juni 2009 - 1 StR 201/09 -, NStZ 2010, S. 92 <93>; Urteil vom 22. Januar

2014 - 2 StR 479/13 -, NJW 2014, S. 1192 <1193>). Für den danach erforderlichen bewusst überzeugungswidrigen Regelverstoß genügt es nicht, wenn der Täter lediglich mit der Möglichkeit einer rechtlich nicht mehr vertretbaren Entscheidung rechnet und sich damit abfindet (vgl. Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 339 Rn. 14)."

21.2 Anspruch auf Freispruch (Freispruch zweiter Klasse)?

633. Bei vorliegen eines Verfahrenshindernisses wird das Strafverfahren eingestellt, ohne dass die Angeklagten einen Anspruch auf einen Freispruch haben (weil auch der Freispruch zweiter Klasse sie nicht beschwert). BGH 5_StR_383/06 (NJW 2007, 3010), Rn. 19: "… Die Angeklagten sind durch die Einstellung des Verfahrens durch Prozessurteil gemäß § 260 Abs. 3 StPO nicht beschwert. Eine Beschwer wird durch ein das Verfahren einstellendes Urteil regelmäßig nicht bewirkt (vgl. ***BGHSt*** 23, 257, 259; vgl. auch BGHR StPO § 333 Beschwer 2 betreffend Nebenentscheidungen)."

21.3 Anspruch auf Strafverfolgung des Gegners I – Allgemein

634. Die Ausübung der staatlichen Schutzpflicht der Strafverfolgung kann nicht als Individualgrundrecht im Voraus normiert werden. Weil dann das staatliche Handeln für die Kriminellen berechenbar wäre. BVerfG, 16.10.1977 - 1 BvQ 5/77 (BVerfGE 46, 160), **Rn. 14+16**: "Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht ist umfassend. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren (BVerfGE 39, 1 [42]). An diesem Gebot haben sich alle staatlichen Organe, je nach ihren besonderen Aufgaben, auszurichten. Da das menschliche Leben einen Höchstwert darstellt, muß diese Schutzverpflichtung besonders ernst genommen werden. **[46]** Die Eigenart des Schutzes gegen lebensbedrohende terroristische Erpressungen ist dadurch gekennzeichnet, daß die gebotenen Maßnahmen der Vielfalt singulärer Lagen angepaßt sein müssen. ***Sie können weder generell im voraus normiert noch aus einem Individualgrundrecht als Norm hergeleitet werden***. Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger. Eine wirksame Wahrnehmung dieser Pflicht setzt voraus, daß die zuständigen staatlichen Organe in der Lage sind, auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles angemessen zu reagieren; schon dies schließt eine Festlegung auf ein bestimmtes Mittel aus. Darüber hinaus kann eine solche Festlegung insbesondere deshalb nicht von Verfassungs wegen erfolgen, weil dann die Reaktion des Staates für Terroristen von vornherein kalkulierbar würde. ..."

635. Der Staat hat eine aktive Schutzpflicht zum Schutz der Würde des Menschen. BVerfG, 15.01.2020 - 2 BvR 1763/16 (NJW 2020, 675), **Rn. 35**: "aa) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichten den Staat, sich dort schützend und fördernd vor das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren, wo die Grundrechtsberechtigten selbst nicht dazu in der Lage sind (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>; 46, 160 <164>; 121, 317 <356>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2018 – 2 BvR 1550/17 -, Rn. 38). Hieraus können sich zwar auch subjektive öffentliche Rechte ergeben (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2018 - 2 BvR 1550/17 -, Rn. 38)."

636. Einen eigenen Anspruch auf Strafverfolgung hat der Bürger nur im Ausnahmefall, etwa dann, wenn er sehr schwer geschädigt wurde oder wenn die Straftaten von Amtsträgern begangen wurden. BVerfG, 15.01.2020 - 2 BvR 1763/16 (NJW 2020, 675), **Rn. 38+39**: "Ein ***Anspruch auf effektive Strafverfolgung*** besteht dort, wo der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter – insbesondere ***Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person*** – abzuwehren, und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann. … Ein Anspruch auf effektive Strafverfolgung kommt zudem dort in Betracht, ***wo der Vorwurf im Raum steht, dass Amtsträger bei Wahr-***

nehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen haben. Ein Verzicht auf eine effektive Verfolgung solcher Taten kann zu einer Erschütterung des Vertrauens in die Integrität staatlichen Handelns führen. Daher muss bereits der Anschein vermieden werden, dass gegen Amtswalter des Staates weniger effektiv ermittelt wird oder hierbei erhöhte Anforderungen an eine Anklageerhebung gestellt werden."

637. Gemäß des Legalitätsprinzips hat einen Anspruch auf Strafverfolgung grundsätzlich nur der Staat, besser gesagt: die Gemeinschaft. BGH 5_StR_383/06 (NJW 2007, 3010), **Rn. 26**: "… Denn das ***Staatswohl*** und die Wahrung der öffentlichen Belange erfordern es, sowohl die Grundrechte Einzelner zu schützen und niemanden einer ungerechtfertigten Verurteilung auszuliefern als auch den ***Strafanspruch des Staates*** durchzusetzen (BVerfG aaO). Dabei darf nicht aus dem Blick geraten, dass die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten ein wesentlicher Auftrag des rechtsstaatlichen ***Gemeinwesens*** ist (vgl. BVerfGE 109, 279, 336; 107, 299, 316; 100, 313, 389; 80, 367, 375; 77, 65, 76)."

21.4 Anspruch auf Strafverfolgung des Gegners II – Ermittlungserzwingung

638. Strafprozessuale Entscheidungen der Staatsanwaltschaft können nicht von Verwaltungsgerichten geprüft werden. VG München, 22.08.2011 - M 17 K 11.2019 (dejure 2011,65551), **Rn. 10**: "Für die vorliegende Klage ist der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) nicht eröffnet, da der Rechtsstreit durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen worden ist. Für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gelten abschließend die Vorschriften der Strafprozessordnung. Die Entscheidung, ob ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird, ebenso das Absehen vom Einschreiten und die Einstellung des Verfahrens, kann nur nach §§ 172 ff. StPO zur gerichtlichen Nachprüfung gestellt werden (s. Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Aufl., § 23 EGGVG RdNr. 32; Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl., RdNr. 130 zu § 40 m.w.N.). ***Strafprozessuale Entscheidungen der Staatsanwaltschaft können daher nicht von den Verwaltungsgerichten geprüft werden*** (BVerwG NJW 1959, 448; VG Augsburg vom 9.2.2009, Au 5 E 09.135, Juris). ..."

639. Klagen wegen Nichtaufnahme von Ermittlungen gehören einschließlich ihrer ordentlichen Bescheidung vor das entsprechende Oberlandesgericht. VG München, 20.03.2018 - M 30 K 17.5869 (dejure 2018,36031), **Tenor I. + II., Rn. 9.5; 16, 22 + 23** : "Der Verwaltungsrechtsweg ist unzulässig. **[II.]** Der Rechtsstreit wird an das Oberlandesgericht München verwiesen. **[9.5.]** Die Beklagte wird verpflichtet, Ermittlungen entsprechend dem Strafantrag des Klägers vom 05.09.2016 als auch der Schriftsätze in den Verfahren …, … wie auch in Bezug genommenen Schriftsätzen im Verfahren und … aufzunehmen. **[16]** Zur Begründung führt der Beklagte aus, dass der Kläger sich gegen Entscheidungen und Mitteilungen der Staatsanwaltschaft … und des Generalstaatsanwalts in … in Zusammenhang mit der Einstellung eines Ermittlungsverfahrens wende. ***Insbesondere begehre der Kläger eine „rechtswirksame Bescheidung“ zu seinem Strafantrag***. Für diese Begehren ist nach Auffassung des Beklagten gem. § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig. **[22]** … Was das Begehren des Klägers hinsichtlich der Verpflichtung zur Aufnahme von Ermittlungen anbelangt, so gelten diesbezüglich die Vorschriften der Strafprozeßordnung (§ 172 StPO) mit den dort vorgesehenen Rechtsbehelfen (vgl. Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Aufl., § 23 EGGVG, Rn. 31 f.). **[23]** Der Rechtsstreit war daher von Amts wegen an das zuständige Oberlandesgericht … zu verweisen."

640. Die Beweislast der rechtmäßigen Strafverfolgungseinstellung trifft den Staat. BVerfG, 15.01.2020 - 2 BvR 1763/16 (NJW 2020, 675), **Rn. 42**: "Dies bedeutet nicht, dass der in Rede stehenden Verpflichtung stets nur durch Erhebung einer Anklage genügt werden kann. Vielfach wird es ausreichend sein, wenn die Staatsanwaltschaft und – nach ihrer Weisung – ***die Polizei die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel personeller und sachlicher Art sowie ihre Befugnisse nach Maßgabe eines angemessenen Ressourceneinsatzes auch tatsächlich nutzen, um den Sachverhalt aufzuklären und Beweismittel zu sichern*** (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. Juni 2014 - 2 BvR 2699/10 -, Rn. 14; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 6.

Oktober 2014 - 2 BvR 1568/12 -, NJW 2015, S. 150 <151>, Rn. 15; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 2015 - 2 BvR 1304/12 -, Rn. 17; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Mai 2015 - 2 BvR 987/11 -, Rn. 24). Die Erfüllung der Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung, die der gerichtlichen Kontrolle unterliegt (§§ 172 ff. StPO), ***setzt eine detaillierte und vollständige Dokumentation des Ermittlungsverlaufs ebenso voraus wie eine nachvollziehbare Begründung von Einstellungsentscheidungen*** (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 2015 - 2 BvR 1304/12 -, Rn. 17; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Mai 2015 - 2 BvR 987/11 -, Rn. 24; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Mai 2019 - 2 BvR 2630/18 -, Rn. 15). Das Oberlandesgericht ist in diesem Kontext verpflichtet, die Erfüllung des Anspruchs auf effektive Strafverfolgung sowie die detaillierte und vollständige Dokumentation des Ermittlungsverlaufs und die Begründung der Einstellungsentscheidungen zu kontrollieren (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. Juni 2014 - 2 BvR 2699/10 -, Rn. 15; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Oktober 2014 - 2 BvR 1568/12 -, Rn. 20; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 2015 - 2 BvR 1304/12 -, Rn. 23)."

641. Die Einstellung der Strafverfolgung "wegen geringer Schuld" darf nur bei gleichzeitigem Vorliegen aller Voraussetzungen erfolgen. BVerfG, 15.01.2020 - 2 BvR 1763/16 (NJW 2020, 675), **Rn. 48**: "(1) Die Einstellung nach § 153 Abs. 1 Satz 2 StPO erfordert das kumulative Vorliegen geringer Schuld, ein fehlendes öffentliches Verfolgungsinteresse, den Vorwurf eines nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedrohten Vergehens sowie lediglich geringe Tatfolgen."

642. Die Strafverfolgungseinstellung einer Psychiatrisierung wegen "geringer Schuld" muss auch die etwaig dadurch erzeugten physischen und psychischen Folgen berücksichtigen. BVerfG, 15.01.2020 - 2 BvR 1763/16 (NJW 2020, 675), **Rn. 51**: "Ermittlungen und Feststellungen zur Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der lediglich geringen Tatfolgen sind vorliegend vollständig unterblieben; etwaige durch die Tat verursachten (physischen und psychischen) Folgen werden im Bescheid vom 6. Juli 2016 nicht einmal erwähnt."

643. Der subjektive Anspruch auf Verfolgung schwerer Straftaten folgt aus Art. 2 (2) S. 1+2 GG i.V.m. Art. 1 (1) S. 2 GG. BVerfG, 23.01.2020 - 2 BvR 859/17 (dejure 2020,1369), **Rn. 17 + 37**: "Im Umfang der Stattgabe der Verfassungsbeschwerde liegt sowohl eine Verletzung des Anspruchs auf effektive Strafverfolgung gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG (1.) als auch des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) vor (2.). … **[37]** Der Beschwerdeführer hat die fehlerhafte Anwendung des Prüfungsmaßstabs auch mit der Anhörungsrüge geltend gemacht."

644. Ein Gericht verletzt das Grundrecht auf rechtliches Gehör, wenn es einen Antrag auf Fortsetzung von Strafermittlungen am Maßstab für die Klageerzwingung misst und abweist, wo die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt nicht oder in zentralen Punkten nicht hinreichend aufgeklärt hat. BVerfG, 23.01.2020 - 2 BvR 859/17 (dejure 2020,1369), **Rn. 37**: "Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs hat das Oberlandesgericht den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs dadurch verletzt, dass es den Antrag des Beschwerdeführers an den Anforderungen für die Erhebung der öffentlichen Klage gemessen und auf den insofern erforderlichen genügenden Anlass (vgl. § 174 Abs. 1 StPO) abgestellt hat, ***obwohl der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ausdrücklich lediglich auf die Fortsetzung der Ermittlungen gerichtet war***. Letzterem ist nach der herrschenden Meinung (bereits) stattzugeben, wenn die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt gar nicht oder jedenfalls in zentralen Punkten nicht hinreichend aufgeklärt hat (vgl. OLG München, Beschluss vom 27. Juni 2007 - 2 Ws 494-496, 501/ 06 -, NJW 2007, S. 3734 <3735>; KG, Beschluss vom 11. April 2013 - 3 Ws 504/ 12 -, NStZ-RR 2014, S. 14 <15>; Schmitt, in: Meyer-Goßner/ders., StPO, 62. Aufl. 2019, § 175 Rn. 2; Zulässigkeit eines Ermittlungserzwingungsantrags offengelassen BVerfGK 17, 1 <8>). Der Beschwerdeführer hat die fehlerhafte Anwendung des Prüfungsmaßstabs auch mit der Anhörungsrüge geltend gemacht."

645. Der Anspruch auf Schutz vor Straftaten bezieht sich auf alle (Strafverfolgungs-) Organe des

Rechtsstaates. BVerfG, 23.01.2020 - 2 BvR 859/17 (dejure 2020,1369), **Rn. 23+24**: "(1) Die (verfassungsrechtliche) Verpflichtung zu effektiver Strafverfolgung bezieht sich auf das Tätigwerden aller Strafverfolgungsorgane. … **[24]** ... Vielfach wird es ausreichend sein, wenn die Staatsanwaltschaft und – nach ihrer Weisung – die Polizei die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel personeller und sachlicher Art sowie ihre Befugnisse nach Maßgabe eines angemessenen Ressourceneinsatzes auch tatsächlich nutzen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Beweismittel zu sichern (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. Juni 2014 - 2 BvR 2699/10 -, Rn. 14; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Oktober 2014 – 2 BvR 1568/12 -, Rn. 15; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 2015 - 2 BvR 1304/12 -, Rn. 17; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Mai 2015 - 2 BvR 987/11 -, Rn. 24). ..."

646. Die Beweislast für die rechtmäßige Einstellung der Verfolgung schwerer Straftaten liegt bei der Staatsanwaltschaft. BVerfG, 23.01.2020 - 2 BvR 859/17 (dejure 2020,1369), **Rn. 24**: "… Die Erfüllung der Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung setzt eine detaillierte und vollständige Dokumentation des Ermittlungsverlaufs ebenso voraus wie eine nachvollziehbare Begründung von Einstellungsentscheidungen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 2015 - 2 BvR 1304/12 -, Rn. 17; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Mai 2015 - 2 BvR 987/11 -, Rn. 24; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Mai 2019 - 2 BvR 2630/18 -, Rn. 15)."

21.5 Anspruch auf Strafverfolgung des Gegners III – Klageerzwingung

647. Nahe Angehörige sind befugt, Strafverfolgung zu verlangen und notfalls über den Weg der Verfassungsbeschwerde durchzusetzen. BVerfG, 23.01.2020 - 2 BvR 859/17 (dejure 2020,1369), **Rn. 26**: "… mithin eine erhebliche Straftat gegen das Leben, deren Verfolgung ***vom Beschwerdeführer als nahem Angehörigen*** verlangt werden kann."

648. Für einen Klageerzwingungsantrag ist es erforderlich, zuvor das Verlangen nach Strafverfolgung an die Staatsanwaltschaft zu richten. OLG Oldenburg, 20.11.1986 - 1 Ws 160/86 (NdsRpfl. 1987, 16), Ls. : "Der Klageerzwingungsantrag steht dem Verletzten nur dann zu, wenn er sich mit dem Verlangen nach Strafverfolgung unmittelbar an die Staatsanwaltschaft gewandt hatte. Es reicht nicht aus, dass die Staatsanwaltschaft eine Äußerung des Verletzten, die dieses Verlangen nicht zu erkennen gab, zum Anlass für die Einleitung von Ermittlungen genommen hatte."

649. Auch gegen die unterlassene Aufnahme oder die Wiedereinstellung von Strafermittlungen ist das Klageerzwingungsverfahren eröffnet. OLG Karlsruhe, 16.12.2002 - 1 Ws 85/02 (dejure 2002,10349), **Ls. 1 + Rn. 7**: "Im Klageerzwingungsverfahren kann die Staatsanwaltschaft auch dann zur Aufnahme von Ermittlungen durch gerichtliche Entscheidung aufgefordert werden, wenn sie einen Anfangsverdacht aus tatsächlichen Gründen verneint, dabei jedoch in rechtlicher Hinsicht die Reichweite der Vorschrift des § 152 Abs.2 StPO verkennt. **[7]** Der Zulässigkeit des Antrags steht schließlich nicht entgegen, dass das Gesetz in § 172 StPO die Statthaftigkeit des Klageerzwingungsverfahrens an sich nur für den Fall vorsieht, dass die Staatsanwaltschaft überhaupt Ermittlungen aufgenommen und das Verfahren sodann mangels genügendem Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt hat. Der nicht ausdrücklich geregelte Fall, dass die Ermittlungsbehörde überhaupt von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens absieht, weil nach ihrer Ansicht hierfür keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vorliegen, kann nicht anders behandelt werden. Denn für die rechtliche Bewertung macht es keinen Unterschied, ob die Staatsanwaltschaft formell Ermittlungen durchführt oder diese ablehnt, weil in beiden Fällen die Beachtung des Legalitätsprinzips in Frage steht (so auch Kuhlmann NStZ 1981, 193 f.)."

650. Zur Erzwingung von Ermittlungen genügen tatsächliche Anhaltspunkte für die Möglichkeit einer verfolgbaren Straftat. OLG Karlsruhe, 16.12.2002 - 1 Ws 85/02 (dejure 2002,10349), **Ls. 2**: "Ein zur Aufnahme von Ermittlungen ausreichender Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs.2 StPO liegt dann vor, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte die Möglichkeit einer verfolgbaren Straftat besteht."

651. Ein am Ende strafvereitelnder Zweifel darf nicht schon vor Aufnahme der Ermittlungen als nicht auszuräumen gemutmaßt werden. OLG Karlsruhe, 16.12.2002 - 1 Ws 85/02 (dejure 2002,10349), **Ls. 3 + Rn. 16**: "Bei der Beurteilung der Verdachtslage i.S.d. § 152 Abs.2 StPO steht der Staatsanwaltschaft ein Beurteilungsspielraum zu, welcher jedoch durch das mutmaßliche Ergebnis ggf. durchzuführender Ermittlungen nur in Ausnahmefällen beeinflusst werden darf, insbesondere findet der Zweifelssatz (in dubio pro reo) keine Anwendung. **[16]** Dabei braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob die Staatsanwaltschaft im Rahmen eines Klageerzwingungsverfahrens über die obergerichtlich anerkannten Fälle hinaus auch dann mit der Durchführung von Ermittlungen beauftragt werden kann, wenn sie nicht aus rechtlichen, sondern aus tatsächlichen Gründen einen Anfangsverdacht verneint, etwa weil sie die vorhandenen Verdachtsmomente nicht als zureichende Anhaltspunkte zur Bejahung eines Anfangsverdachts ansieht. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend nicht, denn die Ermittlungsbehörde hat ohne nähere Sachaufklärung ein mutmaßliches Beweisergebnis prognostiziert und damit nicht nur eine tatsächliche Würdigung vorgenommen, sondern darüber hinaus auch in rechtlicher Hinsicht die Reichweite der Vorschrift des § 152 Abs.2 StPO verkürzt."

652. Nur verschleiern zu wollen, ist keine taugliche Ausrede, wenn damit eine Täuschung im Rechtsverkehr angenommen werden muss. OLG Karlsruhe, 16.12.2002 - 1 Ws 85/02 (dejure 2002,10349), **Rn. 14**: "Auch die von der Generalstaatsanwaltschaft K. zur Ablehnung einer Strafbarkeit ***angeführte Möglichkeit der Veränderung der Urkunde zur bloßen Verschleierung einer innerdienstlichen Nachlässigkeit*** (vgl. OLG Celle Celle NJW 1961, 1880; vgl. BayObLGSt 1996, 76 f.; vgl. auch LK-Gribbohm, 11. Aufl. 2001, § 267 Rn. 265) würde die Möglichkeit des Vorliegens einer strafbaren Handlung nicht ausschließen, denn eine solche Motivation wäre allenfalls dann als rechtserheblich anzusehen, wenn die Manipulation vor Beginn des Bewerberauswahlverfahrens erfolgt sein sollte. Spätestens danach musste in der vorgesetzten Dienstbehörde aber mit der Beiziehung der Urkunde gerechnet werden (vgl. hierzu BGHSt 5, 149 ff.), so dass eine Berücksichtigung anderweitiger Zielsetzungen nicht mehr möglich ist. Zur Täuschung im Rechtsverkehr handelt nämlich auch ein Täter, der in erster Linie einen außerrechtlichen Erfolg anstrebt, die Beeinträchtigung des Rechtsverkehrs aber als sichere Folge seines Tuns voraussieht (BayObLGSt 1998, 51 ff.)."

653. Die Feststellung von Vorsatz bedarf der Berücksichtigung der gesamten Beweissituation. OLG Karlsruhe, 16.12.2002 - 1 Ws 85/02 (dejure 2002,10349), **Rn. 19**: "Hinzu kommt vorliegend, dass die Generalstaatsanwaltschaft K. ihre Ansicht mit dem mutmaßlichen Fehlen subjektiver Tatbestandsmerkmale begründet, ohne sich für diese Einschätzung auf eine ausreichende Grundlage stützen zu können. Innere Tatsachen, wie Vorsatz und Absicht, werden sich aber oftmals nur aufgrund von äußeren Umständen nachweisen lassen (vgl. BGH NStZ 1997, 379; KG, Beschluss vom 15.02.2000, 1 Ss 16/00). Ein solcher Schluss kann daher ebenso wie im Strafverfahren nur dann aussagekräftig sein, wenn er nicht aus dem Blickwinkel eines einzelnen Beweiselementes erfolgt, sondern die gesamte Beweissituation berücksichtigt (BGH NStZ 1999, 205 f.). Aus diesem Grund bedarf es der vorherigen Aufklärung der objektiven Fakten, um hieraus - soweit überhaupt danach noch angezeigt - zureichende Kriterien zur Bewertung innerer Tatumstände gewinnen zu können."

654. Die Staatsanwaltschaft kann auch zur Aufnahme von Ermittlungen gezwungen werden. OLG Karlsruhe, 10.01.2005 - 1 Ws 152/04 (MMR 2005, 178), **Ls. 1**: "Im Klageerzwingungsverfahren kann die Staatsanwaltschaft durch eine gerichtliche Entscheidung zur Aufnahme von Ermittlungen aufgefordert werden, wenn sie eine Strafbarkeit aus unzutreffenden rechtlichen Gründen verneint (Fortführung von Senat Die Justiz 2003, 270 ff.)."

655. Staatsanwaltschaft und Polizei müssen Anhaltspunkte von Straftaten aufklären. OLG Karlsruhe, 10.01.2005 - 1 Ws 152/04 (MMR 2005, 178), **Rn. 29+30**: "§ 152 Abs. 2 StPO ist Ausfluss des Legalitätsprinzips und verpflichtet die Staatsanwaltschaft immer dann zur Aufnahme von Ermittlungen, wenn nach kriminalistischer Erfahrung die Möglichkeit einer verfolgbaren Straftat besteht. Hierzu bedarf es tatsächlicher Anhaltspunkte, bloße Vermutungen genügen nicht. Ergeben

sich - wie hier - zureichende tatsächliche Anhaltspunkte einer Straftat, so ***obliegt es der Staatsanwaltschaft und der Polizei, durch ihr Einschreiten aufzuklären, ob eine solche tatsächlich vorliegt und auf welche Weise sich deren Begehung nachweisen lässt*** (§ 160 StPO). Das Legalitätsprinzip gebietet es, den Ermittlungsansätzen, - soweit eine Durchbrechung aufgrund der Vorschriften der §§ 153 ff StPO nicht angezeigt erscheint -, im Rahmen der vorhanden Möglichkeiten und Ressourcen zunächst einmal nachzugehen (Senat Die Justiz 2003, 270 ff.). 30 Ob sich in Anbetracht des wenig aufgeklärten Sachverhalts vorliegend der Nachweis einer strafrechtlich erheblichen Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses wird führen lassen, lässt sich derzeit nicht beurteilen. Dies enthebt die Staatsanwaltschaft aber nicht von ihrer gesetzlichen Verpflichtung, den vom Antragsteller vorgetragenen tatsächlichen Anhaltspunkten einer Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses nachzugehen und hierzu in der gebotenen Weise unter anderem Zeugen und den namhaft gemachten Tatverdächtigen zu vernehmen."

656. Zu den verpflichtenden Maßnahmen gehören die Vernehmung von Zeugen und Tatverdächtigen, sowie das Sichten aller zum Tatgeschehen gehörenden Umstände (bei Urkundenfälschung innerhalb eines Bewerbungsverfahren: Bewerbungs- und Personalakten). OLG Karlsruhe, 16.12.2002 - 1 Ws 85/02 (dejure 2002,10349), **Rn. 21**: "Ob sich in Anbetracht des wenig aufgeklärten Sachverhalts vorliegend der Nachweis einer strafrechtlich erheblichen Veränderung der dienstlichen Beurteilung des Mitbewerbers wird führen lassen, lässt sich derzeit nicht beurteilen, zumal durchaus andere Erklärungen für die Korrektur der Urkunde möglich sein könnten und nicht zwingend davon ausgegangen werden muss, diese könne nur bei der vorgesetzten Dienstbehörde und ohne beweisrechtlich nicht verwehrte Zustimmung aller Beurteiler erfolgt sein. Dies enthebt die Staatsanwaltschaft aber nicht von ihrer gesetzlichen Verpflichtung, den vom Antragssteller vorgetragenen tatsächlichen Anhaltspunkten einer Urkundenfälschung nachzugehen und hierzu in der gebotenen Weise unter anderem Zeugen und namhaft gemachte Tatverdächtige zu vernehmen sowie Bewerbungs- und Personalakten zu sichten."

657. Für eine Ermittlungserzwingung reichen bloße Vermutungen ohne Namensnennung von Verdächtigen nicht aus. OLG Hamm, 03.11.2000 - 2 Ws 250/00 (NStZ-RR 2001, 83), **Kap. II-1.**: "Der Antrag ist schon deshalb unzulässig, weil in ihm kein Beschuldigter genannt wird. Ziel des Klageerzwingungsverfahrens ist nach § 175 StPO die Anordnung der Erhebung der öffentlichen Klage durch das Oberlandesgericht. Diese kann sich aber nicht gegen Unbekannt richten. Deshalb muß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Literatur den Beschuldigten bezeichnen (vgl. OLG Hamm JMBl. NW 1964, 236; OLG Oldenburg MDR 1986, 692; OLG Hamburg MDR 1993, 1226; OLG Düsseldorf VRS 77, 226, Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl., 1999, § 172 StPO Rn. 34, jeweils mit weiteren Nachweisen). … Dahinstehen kann schließlich die Frage, ob ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung ggf. dann zulässig ist, wenn in ihm zwar ein Beschuldigter nicht angegeben wird, im Antrag aber Anhaltspunkte enthalten sind, die die Ermittlung des Beschuldigten ermöglichen würden (so z.B. OLG Düsseldorf NJW 1959, 2129, 2130; VRS 77, 226, 227; OLG Hamburg, a.a.O.). Denn solche Anhaltspunkte sind im Antrag nicht genannt. Die Antragsbegründung enthält lediglich Vermutungen, worauf die Selbsttötung des Sohnes der Antragstellerin zurückzuführen sein könnte."

21.6 Anspruch auf Strafverfolgung des Gegners IV – StA-Kontroll-Maßnahmen

658. Für den Zugang zu Dritte belastende Spurenakten genügt die Möglichkeit 'irgendeiner Bedeutung' bezüglich 'gegen den Beschuldigten zu verhängender Rechtsfolgen'. BVerfG, 12.01.1983 - 2 BvR 864/81 (BVerfGE 63, 45), **Ls. 1**: "Wenn der Inhalt von Spurenakten für die Feststellung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat und für etwaige gegen ihn zu verhängenden Rechtsfolgen von irgendeiner Bedeutung sein kann, dann darf der Staatsanwalt von Verfassungs wegen außerhalb der Ermittlungen gegen den Beschuldigten entstandene Spurenakten der Ermittlungsbehörden, in denen tatbezogene Untersuchungen gegen Dritte und deren Ergebnisse festgehalten sind, vorlegen und sie damit der Einsicht des Verteidigers nach § 147 StPO zugänglich machen."

659. Die Vollständigkeit von Akten ist gerichtlich nachhaltbar. BVerfG, 12.01.1983 - 2 BvR 864/81

(BVerfGE 63, 45), **Ls. 2 + 3**: "Rechtsstaatlichen Anforderungen genügt eine gerichtliche Kontrolle der Aktenvollständigkeit nach Maßgabe der richterlichen Wahrheitsermittlungspflicht. **[3]** Durch eine Beantragung bei der Staatsanwaltschaft kann der Beschuldigte durch Vermittlung eines Rechtsanwalts unmittelbar Einsicht in die dem Gericht nicht vorgelegten Spurenakten erhalten. Bei Verwehrung, steht dem Beschuldigten im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung."

21.7 Zulässigkeit von Deals

660. Deals bitte nur im gesetzlichen Rahmen! BVerfG, 21.04.2016 - 2 BvR 1422/15 (NStZ 2016, 422), **Rn. 13+18**: "… Der Anwendungsbereich des Verständigungsgesetzes sei eröffnet gewesen. In der synallagmatischen Verknüpfung der Rücknahme der Beweisanträge mit der Beschränkung der Strafverfolgung trete das Kernelement einer Verständigung zum Vorschein. Auf das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens komme es dabei nach dem Gesetz nicht an, so dass der Generalbundesanwalt von einem falschen Maßstab ausgehe. Dieser habe zudem verkannt, dass der Hinweis des Vorsitzenden, keine ausdrückliche oder konkludente Verständigung zu wollen, eine "***Verständigungspantomime***" kennzeichnen könne. … **[18]** Bereits aus dem Wortlaut von § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO, der Verständigungen nur "nach Maßgabe der folgenden Absätze" zulässt, folgt, dass jegliche sonstigen "informellen" Absprachen, Vereinbarungen und "Gentlemen's Agreements" untersagt sind (vgl. BVerfGE 133, 168 <212 Rn. 76>). … Außerhalb des gesetzlichen Regelungskonzepts erfolgende "informelle" Absprachen oder "***Deals***" sind wegen der mit ihnen verbundenen Gefährdung des Schuldprinzips, der darin verankerten Wahrheitserforschungspflicht und des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Prinzips des fairen Verfahrens bereits von Verfassungs wegen untersagt (vgl. BVerfGE 133, 168 <233 Rn. 115>)."

21.8 Ladung und Vorführung

661. Auch Umladungen müssen vor möglichen Folgen des Ausbleibens warnen. OLG Hamm, 14.10.2008 - 3 Ws 357/08 (NStZ-RR 2009, 89), **Ls. 1**: "Der Erlass eines Haftbefehls geen den ohne genügende Entschuldigung ausgebliebenen Angeklagten setzt einen ausdrücklichen Hinweis auf die Folgen des § 230 Abs. 2 bei der Ladung voraus; der Hinweis auf eine frühere Ladung genügt nicht."

22 Strafprozess-Laienverteidigung n. § 138 (2) StPO

22.1 Zweck der Laienverteidigung

662. Zweck der Ausnahmevorschrift § 138 (2) StPO ist es, dass der Angeklagte zu seiner Verteidigung eine Person finden kann, der er wirklich vertraut. OLG Hamm, 12.01.2006 - 2 Ws 9 - 11/06, 2 Ws 9/06, 2 Ws 10/06, 2 Ws 11/06 (NStZ 2007, 238), **Rn. 22**: "… Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Ausdehnung der zur Übernahme der Verteidigung befähigten Personen, um **dem Angeklagten eine möglichst freie Wahl** und die Wahl einer Person, welcher er **sein Vertrauen** zugewendet hat, zu sichern (vgl. Hilla NJW 1999, 2525 mit weiteren Nachweisen zur Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 StPO). ..."

22.2 Zulassung zur Laienverteidigung

663. Die Zulassung hat stets zu erfolgen, solange keine Versagensgründe benannt werden können. BVerfG, 16.02.2006 - 2 BvR 951/04, 2 BvR 1087/04 (NJW 2006, 1502), **Rn. 24**: "Eine Genehmigung nach § 138 Abs. 2 StPO **muss erteilt werden**, wenn der Gewählte als hinreichend sachkundig und vertrauenswürdig erscheint und auch sonst keine Bedenken gegen sein Auftreten als Verteidiger bestehen (vgl. BayObLG; NJW 1954, S. 1212; HansOLG Bremen, NJW 1951, S. 123; OLG Zweibrücken, NZV 1993, S. 493; OLG Karlsruhe, NStZ 1987, S. 424; OLG Düsseldorf, NStZ 1988, S. 91 <92>; 1999, 586 <587>)."

664. Gegen das Versagen der Laienverteidigungsgenehmigung sind Beschwerden zulässig. BVerfG, 16.02.2006 - 2 BvR 951/04, 2 BvR 1087/04 (NJW 2006, 1502), **Rn. 6**: "Gegen diesen [die Laienverteidigung abweisenden] Beschluss haben die Beschwerdeführer jeweils [zulässige!] Beschwer-

den zum Oberlandesgericht eingelegt, die es als ***unbegründet*** verworfen hat."

665. Sachkunde und Vertrauenswürdigkeit genügen zur Laienverteidigerzulassung. OLG Hamm, 12.01.2006 - 2 Ws 9 - 11/06, 2 Ws 9/06, 2 Ws 10/06, 2 Ws 11/06 (NStZ 2007, 238), **Rn. 19**: "***Die Zulassung … muss [erfolgen], wenn*** die gewählte Person das Vertrauen des Beschuldigten/Angeklagten hat, sie genügend sachkundig und vertrauenswürdig erscheint und sonst keine Bedenken gegen ihr Auftreten als Verteidiger bestehen (OLG Düsseldorf und OLG Zweibrücken, jeweils a.a.O.; vgl. auch Meyer-Goßner, a.a.O.)."

666. Gerichte dürfen einem Strafverteidiger nicht ohne weiteres die Befugnis zur Verteidigung entziehen. BVerfG, 14.02.1973 - 2 BvR 667/72 (BVerfGE 34, 293), **Ls.**: "Entzieht das Gericht einem Rechtsanwalt die Verteidigungsbefugnis, weil er im Verdacht der Teilnahme an der dem Beschuldigten zur Last gelegten Straftat steht, so liegt darin ein Eingriff in die Freiheit der anwaltlichen Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG), der zur Zeit weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht gedeckt ist."

667. Die Voraussetzungen zum Beschneiden der freien Wahl des Beschuldigten nach dem Verteidiger seiner Wahl müssen klar geregelt sein. BVerfG, 14.02.1973 - 2 BvR 667/72 (BVerfGE 34, 293), **Kap II**: "… Der Ausschluß von der Verteidigung ist die schärfste Maßnahme, die im Strafverfahren gegenüber dem Anwalt des Beschuldigten überhaupt in Betracht kommt. Ein so schwerer und für das Verfahren endgültiger Eingriff in die Verteidigerstellung bedarf von Verfassungs wegen einer Begründung, die ihre Rechtfertigung unzweideutig, verlässlich und sicher in dem erklärten, objektivierten Willen des Gesetzgebers findet. Dazu genügt es nicht, dass der Ausschlusstatbestand "in Umrissen", also nur unvollkommen und lückenhaft, aus Sinn und Zweck einer Reihe gesetzlicher Vorschriften gewonnen werden kann. Vielmehr muss er sich insgesamt, in seinem vollen Umfang, als Ausdruck einer gesetzlichen Regelungsabsicht nachweisen lassen, wozu auch gehört, dass deutlich erkennbar ist, bei welchem Verdachtsgrad der tatbeteiligte Verteidiger aus dem Verfahren ausscheiden soll und wer im Streitfall darüber zu befinden hat. Diese ***strengen Anforderungen an die Klarheit, Bestimmtheit und Vollständigkeit der gesetzlichen Grundlage sind ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit. Sie ergeben sich daraus, dass der Verteidigerausschluss Grundsätze von hohem Range berührt. Die Entziehung der Verteidigungsbefugnis nimmt dem Beschuldigten den Anwalt seiner Wahl***. Zugleich unterwirft sie den Verteidiger einer Maßnahme, die seine Unabhängigkeit als Anwalt in Frage stellt. Damit geht es nicht nur um die Interessen Einzelner, sondern um die Belange der Rechtspflege selbst. Für einen rechtsstaatlich geordneten Strafprozess ist es von großem Gewicht, dass der Beschuldigte die Möglichkeit hat, von einem Anwalt seines Vertrauens verteidigt zu werden. Von nicht geringerer Bedeutung ist es, dass dieser Anwalt einen freien Beruf ausübt, der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt. Das Recht der freien Verteidigerwahl und der seit einem Jahrhundert anerkannte Grundsatz der "freien Advokatur" (BVerfGE 15, 226 [234]) sind wesentliche Voraussetzungen eines Strafverfahrens, in dem der Beschuldigte nicht zum Objekt staatlichen Handelns wird, sondern seine Stellung als Prozesssubjekt behauptet und die damit verbundenen Rechte auch wirksam zu nutzen vermag. ..."

668. Die Erfordernis einer klaren Regelung für den Entzug des Wahlverteidigers hat grundsätzliche Bedeutung. Diese beruht noch stärker auf dem Rechtsstaatsprinzip des Strafverfahrens, als auf dem Berufsrechts des Rechtsanwaltes, woraus folgt, dass auch Laienverteidiger keinesfalls willkürlich abgelehnt werden dürfen. BVerfG, 14.02.1973 - 2 BvR 667/72 (BVerfGE 34, 293), **Kap. IV**: "Das Bundesverfassungsgericht verkennt nicht, dass mit diesem Ergebnis ***ein höchst unbefriedigender Rechtszustand aufgedeckt worden ist***, dessen Aufrechterhaltung sich mit dem Interesse an einer geordneten Strafrechtspflege in keiner Weise vereinbaren lässt. ... ***Dabei ist davon auszugehen, dass es sich hier nicht nur um eine Frage anwaltlichen Berufsrechts, sondern in erster Linie um eine Materie des Strafverfahrensrechts handelt. Die zu treffende Regelung hat einerseits die grundsätzliche Bedeutung der freien Verteidigerwahl*** und den hohen Wert der "freien Advokatur" zu berücksichtigen, darf aber andererseits die Effizienz des Strafprozesses nicht mehr als unvermeidbar beeinträchtigen. Dies bedeutet zugleich, dass sie bei Wahrung rechts-

staatlicher Verfahrensgarantien innerhalb angemessener Frist eine endgültige Entscheidung über den Verteidigerausschluss ermöglichen muss."

22.3 Entscheidungs-, ergo: Versagensgründe; nicht zum Versagen führende Gründe

669. **Laienverteidiger müssen sich nicht anbiedern.** **OLG Hamm, 12.01.2006 - 2 Ws 9 - 11/06, 2 Ws 9/06, 2 Ws 10/06, 2 Ws 11/06** (NStZ 2007, 238), **Rn. 26**: "… Allerdings kommt es nicht darauf an, ob, wie die Strafkammer an anderer Stelle meint, der Antragsteller [der Laienverteidiger] den Justizbehörden "Wertschätzung" entgegen bringt. ..."

670. **Auch ausgewiesene (System-)Kritiker dürfen Laienverteidiger sein.** **LG-Fulda 2 Qs 2/14 + 2 Qs 4/14** (projektwerkstatt.de): "Eine etwaige ***kritische Haltung*** des Herrn Bergstedt gegenüber staatlichen Institutionen kann insoweit noch kein Grund sein, ihn von einer Verteidigertätigkeit auszuschließen,"

671. **Laienverteidiger können sogar drei Vorstrafen haben.** **LG-Fulda 2 Qs 2/14 + 2 Qs 4/14** (projektwerkstatt.de), **S. 5, Mitte**: "Zweifel an seiner Vertrauenswürdigkeit können nach Auffassung der Kammer auch nicht auf die drei Vorstrafen des Verteidigers Bergstedt aus den Jahren 2007 und 2008 gestützt werden. Selbst aufgrund der durch Urteil des Amtsgerichts Gießen vom 04.09.2008 (Az.: 501 Js 15915/06) rechtskräftig gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe von 6 Monaten wegen Sachbesch3digung in Tateinheit mit Hausfriedensbruch {in den beiden anderen Verfahren wurden jeweils Geldstrafen verhängt) könnte ihm eine Zulassung als Rechtsanwalt nicht nach 5 7 B W O versagt werden. Diese gesetzgeberische Vorgabe ist auch hier zu berücksichtigen."

672. **Laienverteidiger dürfen nicht unsachlich (z. B. beleidigend) auftreten, diese Grenze ist aber schneller erreicht, als die für Rechtsanwälte geltende Grenze der Strafbarkeit** **OLG Hamm, 12.01.2006 - 2 Ws 9 - 11/06, 2 Ws 9/06, 2 Ws 10/06, 2 Ws 11/06** (NStZ 2007, 238), **Rn. 27**: "… Nach § 43A Abs. 2 Satz 3 BRAO unterliegen … [Rechtsanwälte] einem (besonderen) Sachlichkeitsgebot. Der Rechtsanwalt muss so vortragen und argumentieren, dass er sachlich und professionell vorträgt, es aber andererseits unterlässt, emotionalisierende und zumindest in der Nähe von Beleidigungen anzusiedelnde Äußerungen tätigt (vgl. dazu u.a. AGH Saarbrücken MDR 2003, 189; MDR 2002, 787; siehe vor allem aber auch BGH NJW 2004, 690 zu Unsachlichkeit in einer anwaltlichen Revisionsbegründung). Insoweit kann offen bleiben, ob das Sachlichkeitsgebot bei einem Rechtsanwalt nur verletzt ist, wenn seine Äußerung nach Inhalt und Form als strafbare Beleidigung zu bewerten ist (so AGH Saarbrücken, a.a.O.). Das mag für einen Rechtsanwalt zutreffen. Darauf kann jedoch bei einem gewählten Verteidiger, der nach § 138 Abs. 2 StPO ausnahmsweise zur Verteidigung zugelassen werden soll, wegen des Ausnahmecharakters des Vorgangs nicht abgestellt werden."

673. **Allerdings müssen die zum Versagen der Genehmigung führenden Bedenken immerhin die "Erfordernisse der Rechtspflege" beeinträchtigen.** **LG München II, 31.05.2016 - 4 Qs 9/16** (dejure 2016,47707) **ab S. 2 Mitte, Nr. 2)**: "Die Beschwerden sind begründet, da das Amtsgericht sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat. **a)** Über die Zulassung von Personen, die weder Rechtsanwälte noch Hochschullehrer mit Befähigung zum Richteramt sind, entscheidet gemäß § 138 Abs. 2 StPO das mit der Sache befasste Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei hat es ***das Interesse des Beschuldigten an der Verteidigung durch eine Person seines Vertrauens und die Erfordernisse der Rechtspflege gegeneinander abzuwägen***. Genießt die gewählte Person das Vertrauen des Beschuldigten, darf die Erteilung der Genehmigung nicht auf besondere Ausnahmefälle beschränkt werden. Die Genehmigung ist vielmehr zu erteilen, wenn die gewählte Person genügend sachkundig und vertrauenswürdig erscheint und sonst keine Bedenken gegen ihr Auftreten als Verteidiger bestehen (OLG Hamm, Beschluss vom 12. Januar 2006 - 2 Ws 9/06, OLG Koblenz, Beschluss vom 29. November 2007 - 1 Ws 605/07, OLG Stuttgart, Beschluss vom 9. Januar 2009 - 6 - 2 StE 8/07, BVerfG, Kammerbeschluss vom 16. Februar 2006 - 2 BvR 951/04, Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Auf|., § 138 Rn. 13). Die Vertrauenswürdigkeit des Gewählten und seine persönliche Eignung orientieren sich mittelbar nach den für Rechtsanwälte geltenden berufsrechtli-

chen Vorschriften (OLG Celle, Beschluss vom 13. August 2012 - 2 Ws 195/12,Rn. 10). Das Beschwerdegericht darf die Entscheidung des Gerichts über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung der Wahl zum Verteidiger nur auf Ermessensfehler prüfen (OLG Hamm, Beschluss vom 12. Januar 2006 - 2 Ws 9/06, OLG Koblenz, Beschluss vom 29. November 2007 - 1 Ws 605/07, Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Auf|., § 138 Rn. 28). **b)** Im vorliegenden Fall ist von einem Ermessensfehlgebrauch dahingehend auszugehen, dass die schutzwürdigen Interessen des Angeklagten nicht hinreichend berücksichtigt wurden, indem nicht berücksichtigungsfähige Kriterien in die Abwägung zwischen dem Recht des Angeklagten auf einen Verteidiger seiner Wahl und die schutzwürdigen Interessen der Rechtspflege eingestellt wurden. **aa)** Hinsichtlich einer etwaig fehlenden Sachkunde ist jedoch auszuführen, dass sich im angegriffenen Beschluss keine Ausführungen finden, so dass dieser nicht darauf gestützt ist. Insoweit läuft die Argumentation der Beschwerdeführer ins Leere. **bb)** Der Angeklagte hat das Recht, sich einen Verteidiger in den Grenzen des § 138 StPO zu wählen, unabhängig von der Frage, ob er sich selbst ausreichend verteidigen kann. Darauf ist bei der Abwägung nicht abzustellen. **cc)** Soweit der Beschluss auf die fehlende Eignung und Vertrauenswürdigkeit abstellt, sind hier Ermessensgrenzen nicht eingehalten. Konkrete Anhaltspunkte für den Verdacht, dass eine sachliche Verteidigung (§ 43A Abs. 3 BRAO) nicht erfolgen wird, sind nicht ausgeführt. Bislang sind im hiesigen Verfahren keine Verstöße gegen § 43A Abs. 3 BRAO vorgekommen. Die Beschwerde des Antragstellers zeigt vielmehr einen juristische Auseinandersetzung mit der ergangenen Entscheidung und entspricht dem Sachlichkeitsgebot. Soweit die Versagung der Genehmigung darauf gestützt wird, dass sich die fehlende Vertrauenswürdigkeit aus den Ausführungen im Flugblatt (Bl. 24 d.A.) sowie den Ausführungen des Antragsstellers im youtube-Video „Schwarzfahren zum Nulltarif - Ökologischer Wandel & das Grundrecht auf Mobilität - Jörg Bergstedt“ ergeben soll, kann dem nicht gefolgt werden. Allein die Tatsache, dass der Antragssteller eine bestimmte politische Ausrichtung hinsichtlich einer etwaigen Abschaffung des § 265a StGB vertritt und insoweit eine - sei es auch zweifelhafte – eindeutige Rechtsposition vertritt, reicht für eine etwaige Vertrauensunwürdigkeit nicht aus. Hierbei handelt es sich lediglich um die Wahrnehmung demokratischer Rechte. Aus diesen Äußerungen im allgemeinen Bereich kann kein Rückschluss auf ein etwaiges zukünftiges Verteidigerverhalten im konkreten Verfahren gezogen werden. Sollte der Antragssteller gegen das Sachlichkeitsgebot verstoßen, besteht die Möglichkeit der Rücknahme der Genehmigung (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 138 Rn. 17). **dd)** Auf eine etwaige Tatbeteiligung durfte im Rahmen des Ermessens nicht abgestellt werden, da insoweit noch nicht einmal ein Ermittlungsverfahren gegen den Antragssteller läuft. Dies hat die Staatsanwaltschaft München II mit Nachricht vom 27.05.2016 mitgeteilt. **gg)** Insgesamt wurden daher mehrere Abwägungskriterien in die Abwägung eingestellt, die so nicht hätten eingestellt werden dürfen, so dass ein Ermessensfehlgebrauch vorliegt."

22.4 Nichtzulassungsbeschwerde:

674. Der Laienverteidiger kann gegen die Versagung der Genehmigung gemäß § 138 (2) StPO aus eigenem Recht Beschwerde einlegen. **LG München II, 31.05.2016 - 4 Qs 9/16** (dejure 2016,47707) **S. 2 Nr. 1 a)**: "Gegen die Versagung der Genehmigung gemäß § 138 Abs. 2 StPO kann **die zum Verteidiger gewählte Person nach herrschender Meinung aus eigenem Recht Beschwerde einlegen** (OLG Celle, Beschluss vom 13. August 2012 - 2 Ws 195/12; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 138 Rn. 23; Wessing in BeckOK StPO, § 138 Rn. 19; a. A. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24. Januar 2014 - 3 Ws 56/14). Da ein Fall der Pflichtverteidigung gemäß § 140 StPO nicht vorliegt, handelt es sich um einen Fall der Genehmigungsversagung nach § 138 Abs. 2 S. 1 StPO."

675. Für die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde sind allein Ermessensfehler relevant. **LG München II, 31.05.2016 - 4 Qs 9/16** (dejure 2016,47707) **S. 2 Nr. 1 a)**: "... Das Beschwerdegericht darf die Entscheidung des Gerichts über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung der Wahl zum Verteidiger nur auf Ermessensfehler prüfen (OLG Hamm, Beschluss vom 12. Januar 2006 - 2 Ws 9/06, OLG Koblenz, Beschluss vom 29. November 2007 - 1 Ws 605/07, Schmitt in Meyer-Gofkner/Schmitt, StPO, 57. Auf|., § 138 Rn. 28)."

22.5 Rechte des Laienverteidigers

676. Laienverteidigung ist ein Freiheitsrecht des Laien. **BVerfG, 16.02.2006 - 2 BvR 951/04, 2 BvR 1087/04** (NJW 2006, 1502), **Rn. 19**: "Die von dem Beschwerdeführer geleistete altruistische, also die im Rahmen seines gesellschaftlichen Engagements gegebene Rechtsberatung, fällt in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG, der Betätigungen jedweder Art umfasst, ohne dass diese einen besonders prägenden Bezug zur Entfaltung der Individualpersönlichkeit aufweisen müssen (vgl. Dreier, GG-Kommentar, 2. Aufl. 2004, Rn. 27 zu Art. 2 I GG m.w.N.). … Die Nichtzulassung gemäß § 138 Abs. 2 StPO wegen vorangegangener Verurteilungen nach Art. 1 § 8 Abs. 1 Satz 1 RBerG stellt - ebenso wie eine solche Verurteilung selbst (vgl. BVerfGK, a.a.O., 350) - einen Eingriff in die **allgemeine Handlungsfreiheit** des Beschwerdeführers dar."

677. Laienverteidiger haben umfassende Prozessrechte, eigene Akteneinsicht, Fragerecht, Erklärungsrecht, Antragsrecht und können sogar Anträge anderer Verteidiger zurücknehmen. **OLG Hamm, 12.01.2006 - 2 Ws 9 - 11/06, 2 Ws 9/06, 2 Ws 10/06, 2 Ws 11/06** (NStZ 2007, 238), **Rn. 26**: "… [der Laienverteidiger hat] ein ***eigenes Akteneinsichtsrecht*** und in der Hauptverhandlung ein ***Fragerecht*** zu und er ***kann auch Erklärungen abgeben und Beweisanträge stellen*** (Meyer-Goßner, a.a.O.). Auch kann er ***sogar Anträge des Wahlverteidigers zurücknehmen*** bzw. diesem widersprechen. Letztlich ist er in seiner verfahrensrechtlichen Stellung nur insoweit beschränkt, als bei widersprüchlichen Erklärungen die des Wahlverteidigers, der Rechtsanwalt ist, vorgehen. Diese starke Stellung des Beistands erfordert es nach Auffassung des Senats, dass die für einen Rechtsanwalt geltenden (berufsrechtlichen) Vorschriften auf den gewählten und ggf. nach § 138 Abs. 2 StPO zugelassenen Verteidiger wenn auch nicht unmittelbar, da er kein Rechtsanwalt ist, so jedoch zumindest mittelbar nach Sinn und Zweck anzuwenden sind. ..."

678. Infrage zu stellen wäre allerdings, ob Erklärungen eines beigeordneten Pflichtanwalts, der ggf. über keinerlei Vertrauen des Angeklagten verfügt, regelmäßig vorgehen. Dies jedenfalls dann nicht, wenn der Angeklagte selbst in der Lage ist, seine sofortige Stellungnahme abzugeben. Dieser hat im Allgemeinen stets das letzte Wort; z. B. bezüglich Rechtsmittel nach § 297 StPO zur Einlegung und nach § 303 (2) StPO auch über die Rücknahme. Da das Rechtliche Gehör aus Art. 103 (1) GG jedermann zusteht, muss der Angeklagte zumindest über seine Wahlmöglichkeit zwischen den Erklärungen und Strategien des Laienverteidigers und des Rechtsanwaltes aufgeklärt und angehört werden.

679. Laienverteidiger werden auch bei der notwendigen Gemeinschaftsverteidigung nach § 138 (2) S. 2 StPO nicht vom Rechtsanwalt überwacht. **OLG Hamm, 12.01.2006 - 2 Ws 9 - 11/06, 2 Ws 9/06, 2 Ws 10/06, 2 Ws 11/06** (NStZ 2007, 238), **Rn. 26**: "Etwas anderes folgt nicht daraus, dass dieser im Fall der notwendigen Verteidigung nur in Gemeinschaft mit dem Wahlverteidiger verteidigen kann. Denn es ist - worauf die Strafkammer in anderem Zusammenhang und auch das OLG Düsseldorf (NStZ 1999, 586) zutreffend hingewiesen haben - nicht Aufgabe des Wahlverteidigers, den Gewählten zu überwachen. Er muss sich mit seiner Arbeitskraft vielmehr voll auf die Verteidigung des Beschuldigten/Angeklagten im Verfahren konzentrieren."

22.6 Instanzen der Laienverteidigung

680. Laienverteidiger treten auch in der Berufungsinstanz auf. **LG-Fulda 2 Qs 2/14 + 2 Qs 4/14** (projektwerkstatt.de), **S. 5, unten**: "Dabei hat das Amtsgericht Fulda auch unberücksichtigt gelassen, dass Herr B___ die Angeklagte L___ bereits in einem **Berufungsverfahren** vor der 2. kleinen Strafkammer des **Landgerichts Würzburg** – Az. ___ - aus dem Jahre 2010 in mehreren Verhandlungstagen verteidigt hat, was dafür spricht, dass er durchaus in der Lage und auch gewillt ist, seine Aufgabe als Organ der Rechtspflege zu begreifen und wahrzunehmen."

22.7 Strafvollstreckung

681. Sogar wegen schwerer räuberischer Erpressung ist Vollstreckungsaufschub begründet, wenn z. B. der Verlust des Arbeitsplatzes droht. OLG Karlsruhe, 04.12.2019 - 3 Ws 360/19 (dejure 2019,50506), **Kap II, Abs. 4**: "Weder ist die Ladung in den geschlossenen Vollzug rechtlich zwingend, noch ist der Verlust des Arbeitsplatzes in der vorliegenden Konstellation eine notwendige Fol-

ge der Haftverbüßung."

682. Strafe soll nicht die Existenz vernichten. Bei vorliegenden Voraussetzungen MUSS Strafaufschub gewährt werden. OLG Karlsruhe, 04.12.2019 - 3 Ws 360/19 (dejure 2019,50506), **Kap. II, Abs. 4+6**: "... ***Weder ist die Ladung in den geschlossenen Vollzug rechtlich zwingend, noch ist der Verlust des Arbeitsplatzes in der vorliegenden Konstellation eine notwendige Folge der Haftverbüßung***. .... **[6]** Da ***das Ermessen der Vollstreckungsbehörde bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 456 Abs. 1 StPO regelmäßig auf Null reduziert ist*** (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O.), kann der Senat -lachdem entgegenstehende Gesichtspunkte nicht ersichtlich sind – den beantragten Strafaufschub selbst bewilligen."

23 Strafrecht

23.1 Ermittlungspflichten und Akteneinsichtsrechte

683. Das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung hat im Strafrecht Verfassungsrang. **Düsseldorf, 16.07.2007 - III-5 Ss 105/07** (NStZ 2008, 358), **Rn. 5**: "… das 'Gebot bestmöglicher Sachaufklärung', das im Strafverfahrens- und Strafvollstreckungsrecht Verfassungsrang hat und einfach-rechtlich in §§ 244 Abs. 2, 250 Satz 2 StPO zum Ausdruck kommt (BVerfGE 57, 250, 277; 70, 297, 309; BVerfG NJW 2003, 2444, 2445; NJW 2007, 1933 [102, 108]; 2 BvR 2122/03 vom 17. September 2004 <juris>; BGHSt 46, 73, 79; 50, 41, 48; BGH, 4 StR 345/06 vom 4. April 2007, Rdnr. 21 aE <bundesgerichtshof.de>)"

684. Das Gericht darf qualitativ gute Beweismittel nicht ausschlagen, um seine Entscheidung auf schlechtere zu stützen. OLG-Düsseldorf, 16.07.2007 - III-5 Ss 105/07 (NStZ 2008, 358), **Rn. 7**: "… Nach wie vor "darf das Gericht sich bei der Auswahl unter mehreren Beweismitteln regelmäßig nicht damit begnügen, den mit der Gefahr größerer Unzuverlässigkeit behafteten sachferneren Beweis zu erheben, sofern ***qualitativ bessere Beweismittel zur Verfügung*** stehen. Vielmehr hat das Gericht bei der Erforschung einer Straftat und bei der Ermittlung der für Schuld und Strafe maßgebenden Tatsachen in die erkenntnismäßig ***bestmögliche Sachnähe zu den Tatsachen*** zu treten, die für Unrechtstatbestand, Schuld und Sanktionen beweisrelevant sind" (BVerfGE 57, 250, 277). ..."

685. Akteneinsicht kann zur verfahrensrechtlichen 'Waffengleichheit' des rechtsstaatlich 'fairen Verfahrens' sehr umfassend verlangt werden – und zwar nicht nur vor Gericht. **BVerfG, 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18** (NVwZ 2021, 327), **Rn. 3, 32, 34**: "Der Beschwerdeführer beantragte daraufhin Akteneinsicht 1. in die gesamte Verfahrensakte, 2. eine ggf. vorhandene Videoaufzeichnung, 3. den ggf. vorhandenen Messfilm, 4. ggfs. die ***Rohmessdaten*** der gegenständlichen Messung in unverschlüsselter Form (…), 5. in die sog. '***Lebensakte***' (…), 6. in die Bedienungsanleitung des Herstellers des verwendeten Messgerätes (…), 7. in den Eichschein des verwendeten Messgerätes, 8. in den ***Ausbildungsnachweis des Messbeamten*** - und/oder 9. sonstige Beweisstücke. **[32]** … Als ein ***unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit*** des Strafverfahrens und daran anknüpfender Verfahren gewährleistet es dem Betroffenen, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde selbständig wahrzunehmen und Übergriffe der im vorstehenden Sinn rechtsstaatlich begrenzten Rechtsausübung staatlicher Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können. Der Anspruch auf ein faires Verfahren ist durch das Verlangen nach verfahrensrechtlicher '***Waffengleichheit***' von Ankläger und Beschuldigtem gekennzeichnet und dient damit in besonderem Maße dem Schutz des Beschuldigten, für den bis zur Verurteilung die Vermutung seiner Unschuld streitet (vgl. BVerfGE 38, 105 <111>). **[34]** Dabei wendet sich das ***Gebot zur fairen Verfahrensgestaltung nicht nur an die Gerichte***, sondern ist auch von allen anderen staatlichen Organen zu beachten, die auf den Gang eines Strafverfahrens Einfluss nehmen, demgemäß auch von der Exekutive, soweit sie sich rechtlich gehalten sieht, bestimmte Beweismittel nicht freizugeben (vgl. BVerfGE 57, 250 <283>)."

686. Für den Anspruch auf Akteneinsicht müssen nicht konkrete Zweifel an der amtlichen Korrektheit dargelegt werden (die sich ggf. auch erst nach Akteneinsicht ergeben können), denn der Anspruch, nur auf Grundlage ordnungsgemäßer Daten verurteilt zu werden, besteht im-

mer. BVerfG, 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18 (NVwZ 2021, 327), **Rn. 10+45**: "… Konkrete Anhaltspunkte, die geeignet wären, Zweifel an der Funktionstüchtigkeit oder der sachgerechten Handhabung des Messgeräts und deshalb an der Richtigkeit des Messergebnisses zu begründen, seien im Rahmen der Hauptverhandlung nicht entstanden und auch im Vorfeld vom Beschwerdeführer nicht vorgetragen worden. … **[45]** Dabei bleibt der Anspruch des Betroffenen, nur aufgrund ordnungsgemäß gewonnener Messdaten verurteilt zu werden, gewahrt, wenn ihm die Möglichkeit eröffnet ist, das Tatgericht im Rahmen seiner Einlassung auf Zweifel aufmerksam zu machen und einen entsprechenden Beweisantrag zu stellen (vgl. BGHSt 39, 291 <300>; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Juli 2014 - IV-1 RBs 50/14 -, juris, Rn. 10). ..."

687. Akteneinsichtsrechte sind möglichst frühzeitig zu gewähren und dienen der Spurensuche nach entlastenden Inhalten, auch solchen die (von den Ermittlungsbehörden ggf. bewusst) nicht zur Akte gereicht wurden. BVerfG, 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18 (NVwZ 2021, 327), **Rn. 50, 51+52**: "Ein rechtsstaatliches und faires Verfahren fordert '***Waffengleichheit***' zwischen den Verfolgungsbehörden einerseits und dem Beschuldigten andererseits. Der Beschuldigte hat deshalb ein Recht auf ***möglichst frühzeitigen und umfassenden Zugang zu Beweismitteln und Ermittlungsvorgängen*** und auf die Vermittlung der erforderlichen materiell- und prozessrechtlichen Informationen, ohne die er seine Rechte nicht wirkungsvoll wahrnehmen könnte (vgl. BVerfGE 110, 226 <253>). Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Januar 1983 zu sogenannten ***Spurenakten*** gehört hierzu auch der Zugang zu den bei den Ermittlungsbehörden anlässlich des Verfahrens entstandenen Beweismitteln und Ermittlungsvorgängen, die dem Gericht durch die Verfolgungsbehörde nicht vorgelegt wurden und deren Beiziehung seitens des Fachgerichts unter Aufklärungsgesichtspunkten nicht für erforderlich erachtet wird (vgl. BVerfGE 63, 45 <66 ff.>). **[51]** Aus dem Recht auf ein faires Verfahren folgt hiernach, dass der Beschuldigte eines Strafverfahrens neben der Möglichkeit, prozessual im Wege von Beweisanträgen oder Beweisermittlungsanträgen auf den Gang der Hauptverhandlung Einfluss zu nehmen, grundsätzlich auch das Recht hat, ***Kenntnis von solchen Inhalten zu erlangen, die zum Zweck der Ermittlung entstanden sind, aber nicht zur Akte genommen wurden*** (vgl. BVerfGE 63, 45 <66>). Dem Beschuldigten bietet sich auf diesem Weg auch außerhalb eines gerichtlich anhängigen Strafverfahrens eine weitgehende Möglichkeit, anlässlich der Tatermittlung entstandene Unterlagen der Ermittlungsbehörden, die nicht zum Bestandteil der Akten im Strafverfahren geworden sind, durch seine Verteidigung einsehen zu lassen. Dadurch werden seine Verteidigungsmöglichkeiten erweitert, weil er selbst nach Entlastungsmomenten suchen kann, die zwar fernliegen mögen, aber nicht schlechthin auszuschließen sind. Während so regelmäßig dem Informationsinteresse des Beschuldigten genügt ist, ist gleichwohl gewährleistet, dass der Ablauf des gerichtlichen Verfahrens nicht durch eine sachlich nicht gebotene Ausweitung der Verfahrensakten unverhältnismäßig erschwert oder sogar nachhaltig gefährdet wird (vgl. BVerfGE 63, 45 <67>). **[52]** Die ***möglicherweise außerhalb der Verfahrensakte gefundenen entlastenden Informationen*** können von der Verteidigung zur fundierten Begründung eines Antrags auf Beiziehung vor Gericht dargelegt werden. Der Beschuldigte kann so das Gericht, das von sich aus keine sachlich gebotene Veranlassung zur Beiziehung dieser Informationen sieht, auf dem Weg des Beweisantrages oder Beweisermittlungsantrages zur Heranziehung veranlassen (vgl. BVerfGE 63, 45 <69 f.>)."

688. 'Waffengleichheit' bedeutet 'Informationsparität' mit der Strafverfolgung leistenden Behörde. BVerfG, 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18 (NVwZ 2021, 327), **Rn. 66**: "Dem Beschwerdeführer ging es aber erkennbar um Informationsparität im Verhältnis zur Verwaltungsbehörde und nicht um „Waffengleichheit“ mit dem Gericht."

689. Durch verwehrte Akteneinsicht wird die Freiheit der Person, durch eigene Spurensuche Einfluss auf die rechtsstaatlich gebundene Justiz zu nehmen verletzt. BVerfG, 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18 (NVwZ 2021, 327), **Rn. 67+68**: "… Dies führt im vorliegenden Fall dazu, dass der Verweis auf die auch bei standardisierten Messverfahren vorhandenen prozessualen Möglichkeiten des Betroffenen, weiterhin Einfluss auf Inhalt und Umfang der Beweisaufnahme zu nehmen, entwertet wird. **[68]** Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg beruht hiernach auf einer Verken-

nung des Grundrechts des Beschwerdeführers aus ***Art. 2 Abs. 1*** in Verbindung mit ***Art. 20 Abs. 3 GG***. Es ist auch nicht auszuschließen, dass bereits die Verurteilung des Beschwerdeführers auf dem Verstoß des Amtsgerichts Hersbruck gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens beruht."

690. Bundesdienste unterliegen Bundesrecht. **BVerwG, 20.02.2013 - 6 A 2.12** (BVerwGE 146, 56), **Rn. 17**: "Die Landespressegesetze begründen keine Auskunftsansprüche der Presse gegen den Bundesnachrichtendienst; deshalb kann der Kläger sein Begehren nicht auf § 4 Abs. 1 BlnPrG stützen."

23.2 Einstellung wegen Schuldunfähigkeit

691. Ein Freispruch wegen Schuldunfähigkeit ist nicht anfechtbar. BGH, 14.10.2015 - 1 StR 56/15 (NJW 2016, 728), **Rn. 10**: "Die Freisprechung wegen nicht erwiesener Schuldfähigkeit im Sinne von § 20 StGB beschwert den Angeklagten nicht. Sie kann deshalb von ihm nicht mit der Revision angefochten werden."

692. Ein Gutachten, auf dem die Einstellung eines Strafverfahrens beruhen soll, muss innerhalb desselben erstellt worden sein. OLG Hamm, 26.10.2020 - 1 VAs 55/20 (dejure 2020,46691), **Ls.** + **Rn. 25**: "***Für die Rechtmäßigkeit der Eintragung eines wegen Schuldunfähigkeit eingestellten Verfahrens in das Bundeszentralregister war bereits nach der alten Rechtslage (§ 11 Abs. 1 S. 1 BZRG in der bis zum 30. August 2020 gültigen Fassung) zu fordern, dass die Verfahrenseinstellung durch die Strafverfolgungsbehörde auf einem Gutachten beruhte, das in einem Strafverfahren eingeholt wurde***. Wenn sich die Staatsanwaltschaft für die Einstellung lediglich auf ein Gutachten beruft, das sich z.B. auf Veranlassung eines Zivil- oder Sozialgerichts zur Geschäfts- und Prozessfähigkeit des Betroffenen verhält, hat die Eintragung keinen Bestand. **[25]** Die vorgenannten Eintragungsvoraussetzungen liegen nicht vor, wenn sich die Staatsanwaltschaft - wie hier - für die Einstellung auf ein Gutachten beruft, das sich z.B. auf Veranlassung eines Zivil- oder Sozialgerichts zur Geschäfts- und Prozessfähigkeit des Betroffenen verhält. Denn die Prüfung, ob eine Person in der Lage ist, die Reichweite einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung zu erkennen oder ob sie fähig ist, das Unrecht einer kriminellen Handlung einzusehen, unterliegt andersartigen Kriterien. Dementsprechend hat der Gesetzgeber in die seit dem 31. August 2020 gültige Gesetzesfassung des § 11 Abs. 1 Satz 1 BZRG nunmehr ausdrücklich aufgenommen, dass die Entscheidung über die Einstellung des Strafverfahrens „auf Grund eines medizinischen Sachverständigengutachtens in einem Strafverfahren“ ergangen sein muss. Diese Änderung des Gesetzeswortlauts erfolgte indes allein aus Gründen der Klarstellung. Bereits nach der alten - hier maßgeblichen - Rechtslage (§ 11 Abs. 1 S. 1 BZRG in der bis zum 30. August 2020 gültigen Fassung) war zu fordern, dass die Verfahrenseinstellung durch die Strafverfolgungsbehörde auf einem Gutachten beruhte, das in einem Strafverfahren eingeholt wurde."

23.3 Analogieverbot im Strafrecht

693. Der Rechtsstaat darf nicht mit Analog-Schlussfolgerungen strafen. **BVerfG, 19.11.2021 - 1 BvR 781/21** (NJW 2022, 139), **Rn. 154**: "(1) (a) Art. 103 Abs. 2 GG, der gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde, ist auf Ordnungswidrigkeitentatbestände anwendbar (vgl. BVerfGE 81, 132 <135>; 87, 399 <411>; stRspr). Seine Bedeutung erschöpft sich nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung. Er enthält für die Gesetzgebung ein ***striktes Bestimmtheitsgebot*** sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes ***Verbot strafbegründender Analogie***. Damit hat er auch eine freiheitsgewährleistende Funktion, indem alle am Rechtsverkehr Teilnehmenden vorhersehen können sollen, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist (vgl. BVerfGE 143, 38 <52 f. Rn. 35 f.>; 153, 310 <339 f. Rn. 71, 73>)."

23.4 Der vollendete Versuch der Freiheitsberaubung

694. Auch schon bei der noch nicht bemerkten Überlistung liegt schon der vollendete Versuch einer Entführung vor, z. B. bei einem durch Überlistung nur scheinbar freiwillig angetretenem Flug **BGH, 08.06.2022 - 5 StR 406/21** (NJW 2022, 2422), **Rn. 28**: "… Ein durch List oder Täuschung erschlichenes Einverständnis des Betroffenen in eine ihm nicht bewusste Freiheitsentzie-

hung stellt sich somit lediglich als ein Mittel zur leichteren Begehung der Freiheitsberaubung durch Verhinderung des zu erwartenden Widerstands des Betroffenen dar, das nicht zu einem Ausschluss des objektiven Tatbestands des § 239 Abs. 1 StGB führen kann (ebenso LK/Schluckebier, aaO Rn. 31; AnwK-StGB/Zimmermann, aaO Rn. 4; MüKo-StGB/Wieck-Noodt, aaO Rn. 36; Lackner/Kühl, aaO Rn. 5; aA Matt/Renzikowski/Eidam, aaO Rn. 14; vgl. auch Fischer, aaO Rn. 12: wirksame Einwilligung; BeckOK StGB/Valerius, aaO Rn. 5: wirksames Einverständnis; Schönke/Schröder/Eisele, aaO Rn. 3). …"

695. Kurze Pausen ohne realistische Entkommens-Chance aus der Freiheitsberaubung sind nicht Zäsur im Dauerdelikt BGH, 08.06.2022 - 5 StR 406/21 (NJW 2022, 2422), **Rn. 31**: "Entgegen den Revisionen stellen weder die kurzen Pausen während der Autofahrt von B. nach K. noch der Aufenthalt am K. er Flughafen bis zum Besteigen des Flugzeugs eine für den Tatbestand des Dauerdelikts des § 239 StGB relevante Zäsur dar."

24 Verordnungen

24.1 Ausbilder-Eignungsverordnung AEVO 2009

696. § 3 (3) Nr. 8 AEVO 2009 (BMBF.de): "Die Ausbilder und Ausbilderinnen sind dabei in der Lage, … Leistungen festzustellen und zu bewerten, Leistungsbeurteilungen Dritter und Prüfungsergebnisse auszuwerten, Beurteilungsgespräche zu führen, Rückschlüsse für den weiteren Ausbildungsverlauf zu ziehen"

697. § 3 (4) Nr. 2 AEVO 2009 (BMBF.de): "Die Ausbilder und Ausbilderinnen sind dabei in der Lage, 2. für die Anmeldung der Auszubildenden zu Prüfungen bei der zuständigen Stelle zu sorgen und diese auf durchführungsrelevante Besonderheiten hinzuweisen, ..."

698. § 3 (4) Nr. 3 AEVO 2009 (BMBF.de): "Die Ausbilder und Ausbilderinnen sind dabei in der Lage, ... an der Erstellung eines schriftlichen Zeugnisses auf der Grundlage von Leistungsbeurteilungen mitzuwirken"

25 Versammlungsrecht

25.1 Grundsätzliches zum Versammlungsrecht

699. Das Demonstrationsrecht ist das Recht des Bürgers auf aktive Teilnahme am politischen Willensbildungsprozess. BVerfG, 14.05.1985 - 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 (NVwZ 1985, 898 (Ls.)), **Ls. 1**: "***Das Recht des Bürgers***, durch Ausübung der Versammlungsfreiheit ***aktiv*** am politischen Meinungsbildungsprozeß und Willensbildungsprozeß ***teilzunehmen***, gehört zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens. Diese grundlegende Bedeutung des Freiheitsrechts ist vom Gesetzgeber beim Erlaß grundrechtsbeschränkender Vorschriften sowie bei deren Auslegung und Anwendung durch Behörden und Gerichte zu beachten."

700. Die Anwendung und Auslegung des Versammlungsgesetzes muss verfassungsgemäß erfolgen. BVerfG, 14.05.1985 - 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 (NVwZ 1985, 898 (Ls.)), **Ls. 2**: "Die Regelung des Versammlungsgesetzes über die Pflicht zur Anmeldung von Veranstaltungen unter freiem Himmel und über die Voraussetzungen für deren Auflösung oder Verbot (§§ 14, 15) genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen, ***wenn bei ihrer Auslegung und Anwendung berücksichtigt wird***, daß a) die Anmeldepflicht bei Spontandemonstrationen nicht eingreift und ihre Verletzung ***nicht schematisch zur Auflösung oder zum Verbot berechtigt***, b) Auflösung und Verbot nur zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und nur bei einer unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefährdung dieser Rechtsgüter erfolgen dürfen."

701. Die demonstrative Blockade steht – anders als die reine Verhinderungsblockade - unter dem Schutz des Versammlungsrechtes. VG Stuttgart, 12.06.2014 - 5 K 808/11 (dejure 2014,12823), **Ls. 1+2**: "Zur Frage, wann eine Blockadeaktion eine Versammlung i.S. des Art. 8 Abs. 1 GG darstellt (sog. demonstrative Blockade) und wann eine nicht unter den Schutz der Versammlungsfrei-

heit fallende reine Verhinderungsblockade. **[2]** Steht im Vordergrund der Blockade einer Baustellenzufahrt auf einer öffentlichen Straße der öffentliche Protest mit der Absicht, öffentliche Aufmerksamkeit für bestimmte politische Belange (hier: Protest gegen das Bahnprojekt Stuttgart 21) zu erzielen und auf die öffentliche Meinungsbildung einzuwirken, so handelt es sich um eine unter den Schutz der Versammlungsfreiheit fallende demonstrative Blockade."

25.2 Polizeifestigkeit des Versammlungsrechtes

702. Die Schutzwirkung des Versammlungsrechtes endet nicht, weil die Polizei durch strafprozessuale Maßnahmen auf die Auflösung hinwirkt. VG Stuttgart, 12.06.2014 - 5 K 808/11 (dejure 2014,12823), **Ls. 3**: "Art. 8 Abs. 1 GG schützt das Teilnahmerecht der Versammlungsteilnehmer, weshalb Maßnahmen aufgrund des allgemeinen Polizeirechts erst nach Auflösung der Ver-sammlung nach § 15 Abs. 2 VersG oder nach versammlungsrechtlich begründetem Ausschluss des Teilnehmers ein Platzverweis nach Polizeirecht in Betracht kommt. ***Diese Sperrwirkung des Versammlungsrechts ist nicht dadurch aufgehoben, dass*** vor der Anordnung des Platzverweises gegenüber Versammlungsteilnehmern wegen des Verdachts der Nötigung die strafprozessualen Maßnahmen des Sicherungsgewahrsams und der Identitätsfeststellung erfolgt sind und ***sich die Versammlung dadurch zum Zeitpunkt des im Anschluss an die strafprozessualen Maßnahmen angeordneten Platzverweises schon aufgelöst hatte***."

703. Der Schutz des Versammlungsrechtes erfordert zu seiner Beendigung die unmissverständliche Auflösungsverfügung. Eine solche liegt nicht konkludent in der Bildung von Polizeimaßnahmen wie Polizeikette, Einschließung, Aufstellung von Absperrgittern oder dem Einsatz von Schlagwerkzeugen. VG Stuttgart, 12.06.2014 - 5 K 808/11 (dejure 2014,12823), **Rn. 35**: "***Auflösung ist die Beendigung einer bereits durchgeführten Versammlung mit dem Ziel, die Personenansammlung zu zerstreuen***. Durch einen Ausschluss aus der Versammlung wird einem Versammlungsteilnehmer die weitere Teilnahme an der Versammlung untersagt. ***Der Schutz des Versammlungsrechts erfordert, dass die Auflösungsverfügung eindeutig und nicht missverständlich formuliert ist*** und für die Betroffenen erkennbar zum Ausdruck bringt, dass die Versammlung aufgelöst ist (BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004 - 1 BvR 1726/01 -, juris). Für einen Ausschluss aus einer Versammlung gilt dies entsprechend. ***Die Auflösung einer öffentlichen Versammlung und der Ausschluss aus einer Versammlung kann danach nicht konkludent, etwa durch Bildung einer Polizeikette, Einschließung, Aufstellung von Absperrgittern oder den Einsatz von polizeilichen Schlagwerkzeugen, verfügt werden***. Dies ist den einschneidenden Folgen der Versammlungsauflösung und des Versammlungsausschlusses geschuldet. Sowohl die Auflösungsverfügung als auch die Ausschlussverfügung nehmen der Versammlung bzw. dem ausgeschlossenen Versammlungsteilnehmer den im Versammlungsgesetz konkretisierten Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG und eröffnen die Möglichkeit, gegen die Teilnehmer der aufgelösten Versammlung bzw. den von der Versammlung ausgeschlossenen Teilnehmer mit polizeilichen Maßnahmen vorzugehen."

704. Auch eine fehlende Versammlungsanmeldung führt nicht zum Verlust des Schutzes des Versammlungsrechtes, sondern nur zu einer etwaigen Rechtmäßigkeit der auch dann formrichtig erforderlichen unmissverständlichen Auflösungsverfügung. VG Stuttgart, 12.06.2014 - 5 K 808/11 (dejure 2014,12823), **Rn. 33**: "… ***Da der Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG jedoch unabhängig davon besteht, dass die Versammlung nach § 14 VersG hätte angemeldet werden müssen*** (vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004 - 1 BvR 1726/01 -, juris), folgt aus dem Verstoß gegen die gesetzliche Anmeldepflicht unabhängig davon, dass durch ihn der Straftatbestand des § 26 Nr. 2 VersG erfüllt war, lediglich, dass die im Ermessen der Versammlungsbehörde stehende Auflösung der Versammlung nach § 15 Abs. 2 VersG in Betracht kam (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, Kommentar, 16. Auflage 2011, § 15 Rdnr. 121 f. m.w.N.)."

705. Polizeimaßnahmen der Gefahrenabwehr haben sich nach dem Versammlungsgesetz zu richten, welches dem allgemeinen Polizeirecht vorgeht. VG Stuttgart, 12.06.2014 - 5 K 808/11 (dejure 2014,12823), **Rn. 40**: "Maßnahmen der Gefahrenabwehr richten sich - wie bereits ausgeführt - nach dem Versammlungsgesetz, welches in seinem Anwendungsbereich als Spezialgesetz

dem allgemeinen Polizeirecht vorgeht."

706. Die systematische strafprozessuale Identitätsfeststellung ohne vorherige unmissverständliche Auflösungsverfügung kann unzulässig sein. VG Stuttgart, 12.06.2014 - 5 K 808/11 (dejure 2014,12823), **Rn. 41**: "Das Gericht geht davon aus, dass die im vorliegenden Fall von der Polizei getroffene strafprozessuale Maßnahme des Festhaltens der Versammlungsteilnehmer zur Identitätsfeststellung nach § 163b Abs. 1 StPO ohne vorherige Auflösung der Versammlung bzw. ohne vorherigen Ausschluss der die Baustellenzufahrt blockierenden Versammlungsteilnehmer von der Versammlung unzulässig war. ..."

25.3 Spontan-Demonstrationen

707. Spontan-Demonstrationen unterliegen nicht einer Anmeldepflicht. Auflösung und Verbot müssen verhältnismäßig erfolgen und mithilfe erkennbarer Umstände eine unmittelbare Gefährdung begründen. BVerfG, 14.05.1985 - 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 (NVwZ 1985, 898 (Ls.)), **Ls. 4**: "Die Regelung des Versammlungsgesetzes über die Pflicht zur Anmeldung von Veranstaltungen unter freiem Himmel und über die Voraussetzungen für deren Auflösung oder Verbot (§§ 14, 15) genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn bei ihrer Auslegung und Anwendung berücksichtigt wird, daß a) die ***Anmeldepflicht bei Spontandemonstrationen nicht eingreift*** und ihre Verletzung nicht schematisch zur Auflösung oder zum Verbot berechtigt, b) ***Auflösung und Verbot nur zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*** und nur bei einer unmittelbaren, aus ***erkennbaren Umständen*** herleitbaren Gefährdung dieser Rechtsgüter erfolgen dürfen."

25.4 Filmrecht auf Demos

708. Polizeieinsätze dürfen gefilmt werden, aber nicht unbedingt (unverpixelt) veröffentlicht. **BVerwG, 14.07.1999 - 6 C 7.98** (BVerwGE 109, 203), **Rn. 27**: "***Nach einer in der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte vertretenen Auffassung*** (vgl. VGH Mannheim VBlBW 1995, 282 ff. ; OVG Koblenz DVBl 1998, 101 ff.) ***ist das Filmen und Fotografieren polizeilicher Einsätze grundsätzlich zulässig.*** Denn die §§ 22, 23 KunstUrhG erfassen zusammen mit der Strafvorschrift des § 33 KunstUrhG lediglich ein Verbreiten und öffentliches Zurschaustellen, aber - auch im Hinblick auf das strafrechtlich geltende Analogieverbot - nicht das Herstellen von Abbildungen (vgl. VGH Mannheim VBlBW 1995, 282 m. w. N. ; Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 3. A. 1994, 43. Kap. Rz. 3 (S. 311); Jarass, JZ 1983; 280, 283 f.). ***Hiernach ist davon auszugehen, dass*** - im Sinne von §§ 22, 23 KunstUrhG - ***unzulässige Lichtbilder nicht auch stets verbreitet werden***. Eine Beschlagnahme zum Schutz einzelner Personen kann danach nur dann gerechtfertigt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Lichtbilder entgegen den Vorschriften des KunstUrhG unter Missachtung des Rechts der Polizeibeamten und/oder Dritter am eigenen Bild auch veröffentlicht werden."

25.5 Identitätsfeststellung

709. Grundgesetzlichen Schutz der Versammlungsfreiheit genießen PersonenANsammlungen nicht, denen die eine VERsammlung ausmachende innere Bindung fehlt. **BVerwG, 07.06.1978 - 7 C 5.78** (NJW 1978, 1933), **Rn. 19**: "… Den sich an Informationsständen bildenden ***Personenansammlungen fehlt die innere Bindung, die das Wesen einer Versammlung ausmacht*** und dazu führt, daß die Versammelten sich als überpersonales Ganzes verstehen. …"

710. Die anlasslose Identitätsfeststellung ist verfassungswidrig. **BVerfG, 24.07.2015 - 1 BvR 2501/13** (NVwZ 2016, 53), **Rn. 10**: "Der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in Gestalt der Feststellung der Personalien des Beschwerdeführers ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt."

711. Niemand muss sich grundlos ausweisen. **BVerfG, 24.07.2015 - 1 BvR 2501/13** (NVwZ 2016, 53), **Rn. 11**: "… Es gibt keine allgemeine Verpflichtung, sich ohne Grund auf amtliche Aufforderung auszuweisen oder sonstige Angaben zu Personalien zu machen (vgl. BVerfGE 92, 191 <197>;

OLG Hamm, Urteil vom 9. Juni 1954 - (3) 2a Ss 436/54 -, NJW 1954, S. 1212 <1212>)."

712. Einfache Gesetze müssen im Hinblick auf Grundrechte ausgelegt werden, damit sie nicht vom Gebrauch von Grundrechten abschrecken. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist ein solches Grundrecht. **BVerfG, 24.07.2015 - 1 BvR 2501/13** (NVwZ 2016, 53), **Rn. 13**: "Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darf im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weiter gehen als es zum Schutz des öffentlichen Interesses unerlässlich ist (BVerfGE 103, 21 <33>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 29. September 2013 - 2 BvR 939/13 -, juris, Rn. 13). Danach sind die Gesetze ihrerseits unter Berücksichtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auszulegen und anzuwenden, damit dessen Bedeutung für das einfache Recht auch auf der Ebene der Rechtsanwendung zur Geltung kommt. ***Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gebietet dabei insbesondere eine Auslegung des einfachen Rechts, bei der abschreckende Effekte auf den Gebrauch des Grundrechts möglichst gering gehalten werden*** (vgl. BVerfGE 43, 130 <136>; 93, 266 <292>)."

713. Polizeimaßnahmen müssen stets durch konkrete Gefahren gerechtfertigt sein. Die bloße Möglichkeit späterer Rechtsverletzungen genügt hierzu nicht. **BVerfG, 24.07.2015 - 1 BvR 2501/13** (NVwZ 2016, 53), **Rn. 14**: "… Wer präventivpolizeiliche Maßnahmen bereits dann gewärtigen muss, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass sein Verhalten Anlass zu polizeilichem Einschreiten bietet, wird ***aus Furcht vor polizeilichen Maßnahmen*** auch zulässige Aufnahmen (zur grundsätzlichen Zulässigkeit des Filmens und Fotografierens polizeilicher Einsätze vgl. BVerwGE 109, 203 <210 f.>) und mit diesen ***nicht selten einhergehende Kritik an staatlichem Handeln unterlassen. Beabsichtigt die Polizei***, wegen Lichtbildern und Videoaufnahmen ***präventivpolizeilich*** - sei es durch ein Film- oder Fotografierverbot (vgl. BVerwGE 143, 74 <77 ff.>), sei es wie hier durch eine Identitätsfeststellung - ***einzuschreiten, ergibt sich aus den durch die Maßnahme jeweils betroffenen Grundrechten*** - hier Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG - ***die Anforderung einer konkreten Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut.*** ..."

714. Filmaufnahmen zur Beweissicherung von Polizeiunrecht sind zulässig. **BVerfG, 24.07.2015 - 1 BvR 2501/13** (NVwZ 2016, 53), **Rn. 15**: "… Dabei verkennen sie, dass der Anlass für die Aufnahmen hier ausdrücklich darin lag, dass die Polizei selbst Bild- und Tonaufnahmen der Teilnehmer einer öffentlichen Versammlung anfertigte (vgl. § 12 NdsVersG). ...oder ob es sich bei der ***Anfertigung der Aufnahmen lediglich um eine bloße Reaktion*** auf die polizeilicherseits gefertigten Bild- und Tonaufzeichnungen etwa ***zur Beweissicherung*** mit Blick auf etwaige Rechtsstreitigkeiten handelt."

25.6 Corona-Recht

715. Auch bei einem R-Wert der um 1 liegt [und seit über einem Jahr demografiebereinigt keine Übersterblichkeit bewirkte], kann eine äußerste Gefahrenlage vorliegen, die Eingriffe in konstitutiv bedeutsame Rechte rechtfertigen **BVerfG, 19.11.2021 - 1 BvR 781/21** (NJW 2022, 139), **Ls. 2, Rn. 176, 178, 182, 185+Ls.3c**: "… anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung **[176]** … Aus Art. 2 Abs. 2 GG, der den Schutz des Einzelnen vor Beeinträchtigungen seiner körperlichen Unversehrtheit und seiner Gesundheit umfasst (vgl. BVerfGE 142, 313 <337 Rn. 69> m.w.N.), kann zudem eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Vorsorge gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen umfasst (vgl. BVerfGE 56, 54 <78>; 121, 317 <356>). **[178]** … Der Sieben-Tage-Reproduktionswert-Wert (***R-Wert***) ***lag um 1***. … **[182]** … Belastbare Erkenntnisse, wonach nur geringe oder keine Gefahren für Leben und Gesundheit durch eine Infektion oder nur geringe oder keine Gefahren auch durch Überlastung des Gesundheitssystems vorlägen, waren jedoch nicht vorhanden. **[185]** Verfassungsrechtlich genügt für die Eignung bereits die Möglichkeit, durch die gesetzliche Regelung den Gesetzeszweck zu erreichen (vgl. BVerfGE 152, 68 <130 f. Rn. 166>; 155, 238 <279 Rn. 102>; 156, 63 <116 Rn. 192>; stRspr). … [Ls.3c] ***Umfassende Ausgangsbeschränkungen kommen nur in einer äußersten Ge-***

fahrenlage in Betracht."

716. Die Zuschreibung des Gefährderstatus qua unterstellter Gesinnung von 'solchen' Spaziergängern ist seit 31.01.2022 verfassungsgerichtlich abgesegnet. **BVerfG, 31.01.2022 - 1 BvR 208/22** (NJW 2022, 612), **Rn. 9**: "***Es ist nicht aufgezeigt, dass die fachgerichtliche Würdigung, die Nichtanmeldung der „Montagsspaziergänge“ verfolge offensichtlich den Zweck***, vorbeugende Auflagen zu umgehen und es zu vermeiden, ***Verantwortliche*** und eine hinreichende Anzahl von Ordnern ***zu benennen***, welche auf die Einhaltung der von der Versammlungsbehörde ***vorbeugend oder während der Versammlung erlassenen Auflagen hinwirkten***, ***offensichtlich fehlsam ist***. Vielmehr handelt es sich um eine naheliegende Feststellung. Hiervon ausgehend durften die Gerichte auch annehmen, dass ***diejenigen Personen, die zu solchen „Spaziergängen“ aufriefen*** oder gewillt seien, an diesen teilzunehmen, ***überwiegend nicht dazu bereit seien***, ***versammlungspolizeiliche, dem Infektionsschutz dienende Auflagen***, wie insbesondere das Tragen von Masken oder das Einhalten von Abständen, zu beachten. Die Gerichte durften sich für die vorgenannten Annahmen auch - verfassungsrechtlich unbedenklich - auf Erfahrungen, die auf zwei in der jüngeren Vergangenheit liegenden „Montagsspaziergängen“ in derselben Stadt gewonnen wurden und diese Annahmen belegen, stützen."

717. Mit 'solchen' Spaziergängen waren die nicht angemeldete Aufzüge der bestimmten Gesinnung gemeint. **BVerfG, 31.01.2022 - 1 BvR 208/22** (NJW 2022, 612), **Rn. 10**: "Im Rahmen der Folgenabwägung fällt zum Nachteil des Beschwerdeführers insbesondere ins Gewicht, dass durch die Gestaltung der Versammlung als „Spaziergang“ eine Vorfeldkooperation und damit eine gegenüber dem Verbot grundrechtsschonende Begleitung der Versammlung durch die Versammlungsbehörde und die - dezentral agierenden - Organisatoren im Vorfeld gezielt verunmöglicht worden ist, was dem Beschwerdeführer vor dem Hintergrund der Ausgestaltung der Versammlung als unangemeldetem Spaziergang offensichtlich bewusst ist."

718. Grundrechtsschutz hat keine Voraussetzung in der Gesinnung. **BVerfG, 10.12.2010 - 1 BvR 1402/06** (NJ 2011, 512), **Rn. 20**: "Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG grundsätzlich nur bei kollektiver Unfriedlichkeit, ..."

719. Versammlungsrecht steht grundsätzlich höher als Polizeirecht. **BVerfG, 10.12.2010 - 1 BvR 1402/06** (NJ 2011, 512), **Rn. 28**: "… Dementsprechend ***gehen die Versammlungsgesetze als Spezialgesetze dem allgemeinen Polizeirecht vor***, mit der Folge, dass auf letzteres gestützte Maßnahmen gegen eine Person, insbesondere in Form eines Platzverweises, ausscheiden, solange sich diese in einer Versammlung befindet und sich auf die Versammlungsfreiheit berufen kann (vgl. BVerfGK 4, 154 <158>). ***Dieser Schutz endet erst mit der eindeutigen Auflösung der Versammlung*** oder dem eindeutigen Ausschluss des Teilnehmers von der Versammlung (vgl. BVerfGK 4, 154 <159>; 11, 102 <115 f.>)."

26 Vertragsrecht

26.1 Vertragliche Nebenpflichten

720. Vertragliche Nebenpflichten umfassen die Erhaltungs- und Obhutspflicht; dies ist bei Datenprovidern die Backuppflicht. **LG Duisburg, 25.07.2014 - 22 O 102/12** (MMR 2014, 735), **Rn. 27, 28, 29**: "… Mit Abschluss eines Vertrages hat nämlich der Schuldner hinsichtlich des Schuldgegenstandes eine ***Erhaltungs- und Obhutspflicht*** (Müko/Bachmann/Roth, BGB, 6. Auflage, 2012, § 241 BGB, Rn. 84). Dann muss der Anbieter aber, um der Gefahr eines möglichen Datenverlustes zu begegnen, entsprechende Vorkehrungen treffen. **[28]** Entgegen der Auffassung der Beklagtenseite bedurfte es daher einer ausdrücklichen Vereinbarung bezüglich einer Sicherung der Daten nicht. **[29]** Gegen die Datensicherungspflicht hat die Beklagte schuldhaft verstoßen."

27 Verwaltungsrecht

27.1 Bestimmtheit von Verwaltungsakten

721. Verwaltungsakte, die Corona-Förderungen bescheiden, müssen – so sie eine Rückforderung vorbehalten – dieses unmissverständlich zum Ausdruck bringen. VG Köln, 16.09.2022 - 16 K 125/22 (dejure 2022,24817), **Rn. 58**: "… Ebenso kann der Begriff der Pauschale auch genau umgekehrt zu der von dem Beklagten vorgenommenen Deutung verstanden werden, dass nämlich gerade keine genaue Ermittlung des durch die Förderung zu kompensierenden Ausfalls erfolgen soll, sondern dieser durch eine einmalige – z. B. aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung oder Beschleunigung vorgenommene – Pauschalzahlung abgegolten wird. ..."

27.2 Revisibilität von technischen Regelwerken

722. Die Handhabung technischer Regelwerke ist mangels Rechtssatzqualität derselben nicht revisibel. BVerwG, 08.04.2008 - 9 B 13.08 (NVwZ 2008, 914), **Ls. 1 + Rn. 8**: "Wenn die vom Beschwerdeführer als klärungsbedürftig bezeichneten Fragen sich in Wirklichkeit auf die Handhabung technischer Regelwerke beziehen, ist die Revision nicht nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen. Mangels Rechtssatzqualität der technischen Regelwerke sind diese Fragen nicht revisibel, auch wenn hiervon im Einzelfall das Ergebnis der Rechtsanwendung abhängig sein mag (im Anschluss an den Beschluss vom 8. März 2007 BVerwG 9 B 19.06 NVwZ 2007, 708 m. w. N.). **[8]** … Außerdem rechtfertigt es die Zulassung der Revision nicht, wenn die als klärungsbedürftig bezeichneten Fragen sich in Wirklichkeit auf die Handhabung technischer Regelwerke beziehen. Mangels Rechtssatzqualität der technischen Regelwerke sind diese Fragen nicht revisibel, auch wenn hiervon im Einzelfall das Ergebnis der Rechtsanwendung abhängig sein mag (vgl. Beschluss vom 8. März 2007 BVerwG 9 B 19.06 NVwZ 2007, 708 m. w. N.). Von diesen Grundsätzen ausgehend lässt es das Beschwerdevorbringen nicht zu, der vom Kläger aufgeworfenen Frage grundsätzliche Bedeutung beizumessen."

27.3 Untätigkeitsklage – Frist

723. Eine etwaige verwaltungsrechtliche Widerspruchsfrist läuft erst ab Zustellung des Widerspruchsbescheides. Zur Untätigkeitsklage bei fehlendem Widerspruchsbescheid gibt es keine gesetzlich 'spätestens-'Frist. VG Sigmaringen, 09.11.2006 - 8 K 1936/04 (dejure 2006,25006), **Ls. 1 + Rn. 47**: "Das Recht zur Erhebung einer Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO) wird nur unter engen Voraussetzungen verwirkt, nicht bei bloßer Nichtbegründung des Widerspruchs trotz Ankündigung. **[47]** Zuzugeben ist der Beklagten zwar, dass ***bei der gesetzlich nicht fristgebundenen Untätigkeitsklage*** eine Verwirkung grundsätzlich in Betracht kommt; gerade hierbei verbietet sich jedoch jegliche schematische Betrachtungsweise, vielmehr sind sämtliche Umstände des Einzelfalles in den Blick zu nehmen. Auch die Verwirkung einer Klage setzt - wie das Rechtsinstitut der Verwirkung allgemein - nicht nur den Ablauf einer längeren Zeit, sondern auch ein Umstandsmoment voraus, d.h. die Beklagte muss tatsächlicherweise auf die Nichteinhaltung der Klage vertraut haben und im Hinblick hierauf schützenswerte Dispositionen getroffen haben (vgl. Rennert in Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. Auflage, Rdnr. 22 zu § 75 VwGO). Dabei gelten auch für die Verwirkung des Rechts zur Erhebung einer Untätigkeitsklage keine besonderen allgemeinen Regeln, insbesondere verbietet sich gerade auch hier die Annahme einer schematischen Verwirkungsfrist. Dies folgt bereits aus der Gesetzgebungsgeschichte, ***nachdem der Gesetzgeber durch Gesetz vom 24.08.1976 mit Wirkung zum 01.01.1977 § 76 VwGO a.F., wonach für die Untätigkeitsklage grundsätzlich eine Ausschlussfrist von einem Jahr galt, ersatzlos aufgehoben hat. Es geht nicht an, diese bewusste gesetzgeberische Wertung zu ignorieren und die Ausschlussfrist durch die Hintertür über das Institut der Verwirkung wieder einzuführen***. …"

27.4 Feststellungsklagen:

724. Verallgemeinert: Wird das Feststellungsinteresse an einer Feststellungsklage auf Ermessensfehler und eine anschließend beabsichtigte Amtshaftungsklage gestützt, muss nachgewiesen werden, dass die zugrunde liegende Beschwer bei fehlerfreier Ermessensausübung entfallen wäre. BVerwG, 20.06.2013 - 8 C 39.12 (openJur), (NVwZ-RR 2014, 94), **Ls. 1**: "Ein berechtigtes

Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erledigten glücksspielrechtlichen Untersagung wegen Ermessensfehlern ist nicht mit einem Präjudizinteresse wegen der beabsichtigten Geltendmachung von Amtshaftungs- oder unionsrechtlichen Staatshaftungsansprüchen zu begründen, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Untersagung auch bei fehlerfreier Ermessensausübung ergangen wäre (wie Urteil vom 16. Mai 2013 - BVerwG 8 C 14.12 -)."

27.5 Fortsetzungsfeststellungsklagen:

725. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse setzt voraus, dass sich die Position des Klägers mit der Fortsetzungsfeststellungsklage verbessern kann oder ein Hauptsacheverfahren wegen typischer Weise zu schneller Erledigung der Eingriffsbeschwer unmölich ist. BVerwG, 20.06.2013 - 8 C 39.12 (openJur), (NVwZ-RR 2014, 94), **Ls. 2 + Rn. 25**: "Weder aus der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG noch aus der Gewährleistung eines wirksamen Rechtsbehelfs nach Art. 47 GRC (juris: EUGrdRCh) folgt ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei jedem erledigten, tiefgreifenden Eingriff in (benannte) Grundrechte oder in unionsrechtliche Grundfreiheiten. Ein solches Interesse kann nur bestehen, wenn die begehrte Feststellung die Position des Klägers verbessern kann oder wenn Eingriffe dieser Art sich typischerweise so kurzfristig endgültig erledigen, dass sie sonst nicht gerichtlich in einem Hauptsacheverfahren zu überprüfen wären (wie Urteil vom 16. Mai 2013 - BVerwG 8 C 14.12 -). **[25]** … ***Ein solches Interesse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Natur sein***. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die Position der Klägerin in den genannten Bereichen zu verbessern (stRspr, vgl. Beschlüsse vom 4. März 1976 - BVerwG 1 WB 54.74 - BVerwGE 53, 134 <137> und vom 24. Oktober 2006 - BVerwG 6 B 61.06 - Buchholz 310 § 113 Abs. 1 VwGO Nr. 24 Rn. 3)."

726. Verallgemeinert: Die Ermessensfehlerhaftigkeit einer Verwaltungsentscheidung kann nur unter strengen Voraussetzungen durch andere nachgeschobene Ermessenserwägungen geheilt werden: Die Gründe müssen schon zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung vorgelegen haben, der Verwaltungsakt darf sich dabei nicht in seinem Wesen ändern und der Betroffene darf dadurch nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt werden. BVerwG, 20.06.2013 - 8 C 39.12 (openJur), (NVwZ-RR 2014, 94), **Ls. 5 + 87**: "Eine wegen der Anwendung der rechtswidrigen Monopolregelung ermessensfehlerhafte Untersagung unerlaubter Sportwettenvermittlung kann nicht rückwirkend durch ein Nachschieben monopolunabhängiger Ermessenserwägungen geheilt werden (parallel zum Urteil vom 20. Juni 2013 - BVerwG 8 C 42.12). **[87]** Neue Gründe für einen Verwaltungsakt dürfen nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht nur nachgeschoben werden, wenn sie schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, dieser nicht in seinem Wesen verändert und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird (stRspr, Urteile vom 14. Oktober 1965 - BVerwG 2 C 3.63 - BVerwGE 22, 215 <218> = Buchholz 232 § 32 BBG Nr. 14, vom 16. Juni 1997 - BVerwG 3 C 22.96 – BverwGE 105, 55 <59> = Buchholz 316 § 39 VwVfG Nr. 25 und vom 29. Januar 2001 - BVerwG 11 C 3.00 - Buchholz 401.64 § 6 AbwAG Nr. 3). Diese Grundsätze gelten auch bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung wie der glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügung, wenn deren Begründung für einen bereits abgelaufenen Zeitraum geändert werden soll."

727. Das verwaltungsrechtliche Fortsetzungfestellungsinteresse besteht in bestimmten Fällen fristlos. BVerwG, 14.07.1999 - 6 C 7.98 (BVerwGE 109, 203), **Amtl. Ls.**: "Hat sich ein Verwaltungsakt durch Aufhebung ex nunc vor Eintritt der Bestandskraft erledigt, so ist eine Klage, die auf Feststellung seiner Rechtswidrigkeit gerichtet ist, nicht an die Fristen der §§ 74 Abs. 1 bzw. 58 Abs. 2 VwGO gebunden."

728. Dauerverwaltungsakte können rückwirkend angefochten werden. Ihre zwischenzeitliche Erledigung berechtigt zum Übergang zur Fortsetzungsfeststellungsklage. BVerwG, 05.01.2012 - 8 B 62.11 (lexitius), (NVwZ 2012, 510), **Ls.** : "Ein Dauerverwaltungsakt kann – bei fortbestehender Beschwer – für die gesamte Dauer seiner Wirksamkeit und damit auch in Ansehung vergangener Zeiträume angefochten werden. Entfällt die Beschwer, so kann der Kläger in Ansehung der vergangenen Zeiträume zur Fortsetzungsfeststellungsklage übergehen, wenn hierfür ein Feststellungsinter-

esse besteht, und zugleich die Aufhebung des Verwaltungsakts "ex nunc" begehren."

28 Zahlungen an das Gericht

28.1 Abwendung der vorläufigen Vollstreckbarkeit (§ 108 ZPO)

28.2 Bereitstellung der Prozesskostensicherheit (§ 110 ZPO)

729. Überweisungen an die Gerichtskasse werden von dieser bestätigt. Ggf. ist ein expliziter Antrag auf Hinterlegung zu stellen OLG Köln, 08.05.2013 - 19 U 200/12 (dejure 2013,25472), **Rn. 5 + 10**: "Mit einer Übersee-Überweisung („Application For Funds Transfers (Overseas)“, Anlage K13, Bl. 157 GA) vom 19.04.2012 hat die Klägerin einen Betrag in Höhe von Euro 27.000,00 zur Einzahlung auf das Konto der Gerichtskasse Köln angewiesen. Die Gerichtskasse Köln hat sodann mit Schreiben vom 30.04.2012 an die Klägervertreter die Einzahlung eines Betrages in Höhe von Euro 26.973,00 mit Wertstellung vom 10.04.2011 angezeigt (Anlage K12, Bl. 155 f. GA). Nach einer Umbuchung – der Betrag in Höhe von Euro 26.973,00 war zunächst auf ein in dem Verfahren zunächst vergebenes Aktenzeichen verbucht worden – verblieb anschließend noch ein Betrag in Höhe von Euro 29.958,00 (Bl. 163-166 GA). Zwischenzeitlich hatten die Bevollmächtigten der Klägerin den zunächst fehlenden Restbetrag von Euro 27,00 auf das Konto der Gerichtskasse Köln angewiesen (Anlage K14, Bl. 158 GA). **[10]** Mit Schriftsatz vom 17.12.2012 hat die Klägerin unter Vorlage eines Antrages auf Hinterlegung (Anlage K16, Bl. 229 f. GA) erklärt, dass zwischenzeitlich ein „Antrag auf Hinterlegung [bei] der Oberjustizkasse Hamm“ über einen Betrag in Höhe von Euro 27.000,00 gestellt worden sei."

29 Zivilrecht - allgemein

29.1 Abmahnung und Unterlassungsverfügung

29.1.1 Rechtliches Gehör in Eilsachen

730. XX. BVerfG, 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 (NJW 2018, 3631), **Rn. 23**: "Dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit genügen die Erwiderungsmöglichkeiten auf eine Abmahnung allerdings nur dann, wenn der Verfügungsantrag in Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht eingereicht wird, die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sind und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit seiner Antragsschrift bei Gericht eingereicht hat. …"

29.1.2 Wiederholungsgefahr

731. Die Wiederholungsgefahr ist durch rechtswidrige Erstbegehung indiziert. **LG Hamburg, 10.02.2017 - 324 O 402/16** (afp 2017, 177), **Rn. 76**: "Die Wiederholungsgefahr ist durch die rechtswidrige Erstbegehung indiziert."

732. Eine Wiederholungsgefahr wird nach Erstbegehung vermutet, kann aber widerlegt werden. Im Wettbewerbsrecht grundsätzlich nur durch strafbewährte Unterlassungserklärung, im deliktischen Bereich sind an die Widerlegung fallbezogene Anforderungen zu stellen. BGH, 08.02.1994 - VI ZR 286/93 (NJW 1994, 1281), **Ls. 2 + Rn. 27**: "Auch im außerwettbewerblichen Bereich besteht aufgrund einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr. Weigert sich der Verletzer, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben, dann ***kann eine Entkräftung der Vermutung der Wiederholungsgefahr auch hier nur in Ausnahmefällen angenommen werden***. … **[27]** ***Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, dass dann, wenn - wie hier - bereits ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen erfolgt ist, eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr besteht*** (st.Rspr., vgl. Senatsurteil vom 27. Mai 1986 – VI ZR 169/85 - VersR 1986, 1075, 1077 m.w.N.). Es trifft auch zu, dass diese Vermutung widerlegt werden kann; eine solche Widerlegung kann ausnahmsweise dann angenommen werden, wenn der

Eingriff durch eine einmalige Sondersituation veranlasst gewesen ist (vgl. BGB-RGRK/Dunz, 12. Aufl., Anh. I § 823 Rdn. 147; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 6. Aufl., 7. Kapitel RdNr. 11). ... ***Im Interesse des Rechtsschutzes des Betroffenen, der bereits einmal das Opfer eines Eingriffs in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht geworden ist, müssen an die Widerlegung der Vermutung der Wiederholungsgefahr hohe Anforderungen gestellt werden.*** Diese Anforderungen sind hier nicht erfüllt. Der Beklagte hat sich noch während des vorliegenden Rechtsstreits geweigert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, die die Klägerin mehrfach verlangt hat (GA 4, 371, 490), abzugeben. Für den Bereich des Wettbewerbsrechts hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass die Wiederholungsgefahr nur dann entfällt, wenn der Verletzer dem Verletzten oder einem zur Rechtsverfolgung Befugten eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgibt; ohne eine solche Erklärung ist die Verneinung der Wiederholungsgefahr allenfalls in ganz ungewöhnlichen Ausnahmefällen denkbar (vgl. Teplitzky, aaO RdNr. 4 ff. m.w.N.). Dieser Grundsatz gilt auch für den deliktischen Unterlassungsanspruch, jedoch nicht mit gleicher Strenge. Während im Bereich des Wettbewerbsrechts die Verletzungshandlungen in der Regel dadurch geprägt sind, dass der Verletzer starke wirtschaftliche Interessen verfolgt, ***ist die Motivation des Verletzers im deliktischen Bereich vielfältiger Art. Dem ist bei der Bemessung der Anforderungen an die Entkräftung der Vermutung der Wiederholungsgefahr Rechnung zu tragen. Im Deliktsrecht kann der Schwere des Eingriffs, den Umständen der Verletzungshandlung, dem fallbezogenen Grad der Wahrscheinlichkeit einer Wiederholung und vor allem der Motivation des Verletzers für die Entkräftung der Vermutung der Wiederholungsgefahr durchaus ein erhebliches Gewicht zukommen***. …"

733. Wiederholungsgefahr ist bei Uneinsichtigkeit gegeben. LG Bamberg, 18.10.2018 - 2 O 248/18 (MMR 2019, 56), **Rn. 27**: "Die Wiederholungsgefahr ergibt sich vorliegend bereits aus dem Beharren der Verfügungsbekagten auf der Rechtmäßigkeit ihrer ergriffenen Maßnahmen."

29.2 Klagearten Feststellungs- vs. Leistungsklage und ihre Zulässigkeit

734. Im Allgemeinen geht die bezifferte Leistungsklage der Feststellungsklage vor. Anders bei der Stufenklage, welche die Verjährung in jeder Höhe hemmt. BGH, 24.05.2012 - IX ZR 168/11 (NJW 2012, 2180) **Rn. 11**: "Wird - wie hier - eine Stufenklage (§ 254 ZPO) erhoben, bei welcher sich der Kläger die Angabe der Leistungen, die er beansprucht, vorbehält, erfasst die ***Hemmung der Verjährung*** gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 BGB den geltend gemachten unbezifferten Anspruch auf Leistung ***in jeder Höhe*** (zur Unterbrechung der Verjährung nach altem Recht vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1995 - XII ZR 24/94, FamRZ 1995, 797, 798). …"

735. Leisungsklagen zu denen auch Klagen auf die Handlung einer Freistellung zählen, müssen genau beziffert sein, damit sie vollstreckbar sind. Die Berechtigung von eventuell später entstehenden Ansprüchen muss mit einer Feststellungsklage festgestellt werden. Eine so zulässige Feststellungsklage zur Abwehr (Freistellung) eventuell noch auftretender Forderungen kann durch Grundurteil entschieden werden (das dann aber auch alle anderen Klage gehäuften Anträge zu demselben Lebenssachverhalt umfassen muss, wie unter Kap. II 1. a, Rn. 751 erwähnt). BGH, 04.10.2000 - VIII ZR 109/99 (NJW 2001, 155), **Kap. II 2. b) + 3**: "Darüber hinaus hätte ein Sachurteil über die Freistellung von der "etwaigen" Zinsverbindlichkeit nicht ergehen dürfen, weil die Klage insoweit unzulässig ist. ***Freistellung bedeutet eine Handlung***, durch die der in Anspruch Genommene (die Beklagte) eine Schuld des Antragstellers (der Klägerin) zum Erlöschen bringt. ***Dementsprechend muß der Antrag auf Verurteilung zur Freistellung die Forderung so genau bezeichnen, daß der Beklagte notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung*** (§ 887 ZPO; BGHZ 25, 1, 7) zur Befriedigung des Drittgläubigers angehalten werden kann (BGHZ 79, 76, 77 f). Vorliegend fehlt es hinsichtlich der Zinsverbindlichkeit an einem bestimmten Klageantrag, weil kein Anhalt für den Umfang dieser Verbindlichkeit besteht, von der die Beklagte die Klägerin durch Erfüllung freistellen soll (§§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 308 Abs. 1 Satz 2 ZPO); es mangelt mithin an der vollstreckungsfähigen Kennzeichnung dieses Teils des Anspruchs. … Ausweislich ihres Klageantrags will die Klägerin lediglich erreichen, daß die Beklagte auch für gegen sie gerichtete Zinsansprüche ein-

zustehen hat, falls und soweit sich ein solcher der Streithelferin zu 2 als berechtigt erweisen sollte. ***Dies hätte sie zulässigerweise nur im Wege eines Feststellungsantrags erreichen können*** (BGH aaO). **[3]** Im Prozeß aber ***kann*** über ein zulässigerweise geltend gemachtes Freistellungsbegehren durch Grundurteil entschieden werden, ***wenn zumindest wahrscheinlich ist, daß der Klageanspruch auf Freistellung noch in irgendeiner Höhe besteht*** (BGH, Urteil vom 16. Januar 1991 - VIII ZR 14/90, WM 1991, 695 = NJW-RR 1991, 599 unter II 1; vgl. auch BGHZ 18, 107, 109; 53, 17, 23; 97, 97, 109)."

736. Die Abweisung einer Feststellungsklage auf Ersatzpflicht künftig eintretender Folgeschäden schließt diesen Anspruch grundsätzlich rechtskräftig aus. Nicht vorhersehbare nachträglich eintretende Folgeschäden können dennoch geltend gemacht werden, wenn zuvor getätigte Prognose diese nicht mit in den Blick genommen hatte und deshalb auch nicht ausschließen konnte. BGH, 14.02.2006 - VI ZR 322/04 (NJW-RR 2006, 712), **Rn. 15+16**: "… Die rechtskräftige Abweisung der auf Feststellung eines Anspruchs gerichteten Klage stellt grundsätzlich das Nichtbestehen dieses Anspruchs rechtskräftig fest (BGH, Urteil vom 1. Dezember 1993 - VIII ZR 41/93 - VersR 1994, 422, 424; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO, § 322 Rdn. 39; MünchKommZPO/Gottwald, aaO, Rdn. 171; Musielak/Musielak, aaO, Rdn. 58; Stein/Jonas/Leipold, aaO, Rdn. 116; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 256 Rdn. 167; Thomas/Putzo/Reichold, aaO, § 256 Rdn. 24; Zöller/Vollkommer, aaO, § 322 Rdn. 12). **[16]** b) Diese Grundsätze erfahren jedoch eine Einschränkung in zeitlicher Hinsicht. Die Entscheidung des Gerichts stellt die Rechtslage im Regelfall nur für den Zeitpunkt zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung fest. Einigkeit besteht deshalb darüber, dass die Rechtskraft nicht daran hindert, sich zur Begründung einer neuen Klage auf Tatsachen zu berufen, die erst nach diesem Zeitpunkt entstanden sind (BGH, BGHZ 37, 375, 380 f.; 83, 278, 280; 117, 1, 5; 157, 47, 51 f.; Urteile vom 11. März 1983 - V ZR 287/81 - NJW 1984, 126, 127; vom 28. Mai 1986 - IV a ZR 197/84 - VersR 1986, 756, 757; vom 26. April 1990 - I ZR 99/88 - NJW 1990, 2469, 2470; vom 17. März 1995 - V ZR 178/93 - aaO, 1758; vom 14. Juli 1995 - V ZR 171/94 - ZZP 109, 395, 397; vom 13. November 1998 - V ZR 29/98 - NJW-RR 1999, 376, 377; vom 2. März 2000 - IX ZR 285/99 - NJW 2000, 2022, 2023; vgl. auch Senat, Urteile vom 15. Juni 1982 - VI ZR 179/80 - VersR 1982, 877, 878; vom 14. Juni 1988 - VI ZR 279/87 - VersR 1988, 1139; vom 28. Juni 2005 - VI ZR 108/04 - VersR 2005, 1159, 1160 m.w.N.; MünchKommZPO/Gottwald, aaO, Rdn. 140; Musielak/Musielak, aaO, Rdn. 28; Stein/Jonas/Leipold, aaO, Rdn. 236 ff.; Leipold, Festschrift für Mitsopoulos, 1993, 797, 798; Würthwein, ZZP 112, 447, 464). Es kann insbesondere geltend gemacht werden, der in dem Vorprozess als nach dem damaligen Sachstand nicht begründet abgewiesene Anspruch sei inzwischen begründet geworden (BGH, BGHZ 37, 375; 82, 246, 252; Urteile vom 3. Februar 1982 - IV b ZR 601/80 - NJW 1982, 1284, 1285; vom 28. Mai 1986 - IV a ZR 197/84; vom 14. Juli 1995 - V ZR 171/94 - beide aaO; Stein/Jonas/Leipold, aaO, Rdn. 240; Zöller/Vollkommer, aaO, Vor § 322 Rdn. 53, 55 f.). ***Allerdings kann der Geltendmachung nachträglich eingetretener und nicht vorhersehbarer Spätschäden die Rechtskraft des Feststellungsurteils vom 28. Januar 1993 entgegenstehen, wenn dieses auf einer Prognose beruht.*** … **[17]** c) Nach den dargelegten Grundsätzen waren hier die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Vorprozesses auch in Fachkreisen unbekannten künftigen Folgeschäden vom Streitgegenstand der Feststellungsklage nicht umfasst. **[18]** Die Klägerin hatte im Vorprozess beantragt, "festzustellen, dass die Beklagten der Klägerin … sämtliche weiteren … immateriellen Schäden zu ersetzen haben, die im ursächlichen Zusammenhang mit dem Verkehrsunfall vom 14. Februar 1982 stehen, … ." Das Landgericht hat auf der Grundlage dieses Vortrags die Klage abgewiesen, weil aufgrund der eingeholten Sachverständigengutachten und der Anhörung der Klägerin von einem Endzustand der Armschädigung auszugehen sei. Eine Besserung werde wahrscheinlich nicht eintreten, mit einer Verschlimmerung sei nicht zu rechnen. Dabei hat es andere Folgeschäden als die Armschädigung ***nicht in den Blick genommen*** und infolgedessen nicht über die später aufgetretenen, als Unfallfolge damals auch Sachkundigen objektiv nicht bekannten und von diesen nicht zu erwartenden Pseudomeningocelen entschieden."

29.3 Zwischenfeststellungsklage

737. Bloße Vorfragen sind nicht der Zwischenfeststellung fähig. BGH, 05.05.2011 - VII ZR 179/10 (NJW 2011, 2195), **Rn. 19**: "Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage kann gemäß § 256 Abs. 2 ZPO nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses sein. Damit sind die aus einem konkreten Lebenssachverhalt entstandenen Rechtsbeziehungen von Personen zu Personen oder von Personen zu Sachen gemeint. Nicht zulässig sind nach der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefestigten Auffassung hingegen Feststellungen zur Klärung ***einzelner Vorfragen oder Elemente*** eines Rechtsverhältnisses oder zur Klärung der Berechnungsgrundlagen eines Anspruchs oder einer Leistungspflicht (BGH, Urteil vom 3. Mai 1977 - VI ZR 36/74, BGHZ 68, 332; Urteil vom 3. März 1982 - VIII ZR 10/81, NJW 1982, 1878, 1879; Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 174/03, BauR 2005, 588 = NZBau 2005, 163 = ZfBR 2005, 260). ..."

738. Die Zwischenfeststellungsklage ist auch gegen Unbeteiligte zulässig. BGH, 05.05.2011 - VII ZR 179/10 (NJW 2011, 2195), **Rn. 20**: "Dass die Beklagte an diesem Rechtsverhältnis nicht beteiligt ist, steht der Erhebung der Zwischenfeststellungsklage nicht entgegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann auch ein Drittrechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein (BGH, Urteil vom 16. Juni 1993 - VIII ZR 222/92, BGHZ 123, 44 m.w.N.; Urteil vom 25. Februar 1982 - II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 125). Das gilt ebenso für die Zwischenfeststellungsklage, sofern das zu klärende Rechtsverhältnis für die Entscheidung der Hauptsache präjudiziell ist und die Entscheidung über den Streitgegenstand hinaus Bedeutung gewinnen kann (BGH, Beschluss vom 7. November 1997 - BLw 26/97, WM 1997, 2403). … Die darin begründete Vorgreiflichkeit des Drittrechtsverhältnisses für die Entscheidung in der Hauptsache ersetzt zugleich das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche berechtigte Interesse der Klägerin an der begehrten Feststellung (BGH, Urteil vom 17. Mai 1977 - VI ZR 174/74, BGHZ 69, 37)."

739. Für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage muss zumindest die Möglichkeit bestehen, dass die angestrebte Zwischenfeststellung für die Rechtsbeziehungen der Parteien über den Hauptantrag hinaus Bedeutung hat oder haben kann. BGH, 05.05.2011 - VII ZR 179/10 (NJW 2011, 2195), **Rn. 21**: "Die Erhebung einer Zwischenfeststellungsklage ist nur dann zulässig, wenn die zu klärenden Rechtsbeziehungen nicht bereits durch die Entscheidung in der Hauptsache erschöpfend geregelt würden. ***Allerdings genügt grundsätzlich schon die bloße Möglichkeit***, dass das inzidenter ohnehin zu klärende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien noch über den gegenwärtigen Streitgegenstand hinaus Bedeutung hat oder gewinnen kann (BGH, Urteil vom 17. Mai 1977 - VI ZR 174/74, BGHZ 69, 37 m.w.N.). ..."

29.4 Stufenklage und ihre Zulässigkeit

740. Die Auskunftsstufe der Stufenklage hat – als besondere Leistungsklage wiederum anders als die Feststellungsklage – keine selbstständige Bedeutung. Die Stufenklage darf nicht ein grundlegendes Feststellungsinteresse verfolgen, sondern muss auf die Bezifferbarkeit des Leistungsanspruchs zielen. BGH, 24.05.2012 - IX ZR 168/11 (NJW 2012, 2180) **Rn. 18 + 19**: "Dabei ist die Stufenklage ein Sonderfall der objektiven Klagehäufung (BGH, Urteil vom 26. Mai 1994 - IX ZR 39/93, NJW 1994, 3102, 3103, insoweit nicht bei BGHZ 126, 138 abgedruckt; vom 2. März 2000 - III ZR 65/99, NJW 2000, 1645, 1646). Ihre Besonderheit liegt darin, dass der vorgeschaltete Auskunftsantrag keine selbständige Bedeutung hat, sondern nur ein Hilfsmittel zur Bezifferung des eigentlichen Klageziels, des Zahlungsantrages, ist (BGH, Urteil vom 5. Mai 1999 - XII ZR 184/97, BGHZ 141, 307, 317; vom 2. März 2000, aaO). … Allerdings ist ein Rechtsschutzbegehren als Stufenklage im Sinne von § 254 ZPO unzulässig, wenn der Kläger mit der in erster Stufe erhobenen Auskunftsklage nicht die Bezifferbarkeit des erhobenen Leistungsanspruchs erreichen will, sondern die Auskunft etwa benötigt, ***um beurteilen zu können, ob überhaupt ein Schadensersatzanspruch besteht. In diesem Falle ist dann die unbezifferte Leistungsklage wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitserfordernis unzulässig*** (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 2000, aaO)."

741. Die Stufenklage benötigt mindestens zwei aufeinander bezogene Anträge. LG-Bonn,

01.07.2021 - 15 O 372/20 (dejure 2021,21651), **Rn. 33**: "Über den Antrag zu 1. ist durch Endurteil zu entscheiden. Für die Entscheidung ist es ohne Bedeutung, dass die Klägerin in der mündlichen Verhandlung den Antrag zu 1. als Stufenklage gestellt hat. Die Voraussetzungen einer Stufenklage liegen nicht vor. Dies folgt – unabhängig von der Frage, ob das Begehren auf Datenauskunft im Wege der Stufenklage geltend gemacht werden kann (vgl. OLG Köln Urt. v. 26.7.2019 – 20 U 75/18, BeckRS 2019, 16261, Rn. 10, beck-online, die von der Klägerin zitierte Entscheidung des BAG vom 27.04.2021 war zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht veröffentlicht) – schon aus dem Umstand, dass die Klägerin bezogen auf die Datenauskunft nur diesen einen Antrag gestellt hat. Für eine Stufenklage ist jedoch mindestens die Stellung von zwei Anträgen erforderlich, die im Verhältnis zueinander stehen (vgl. MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 254 Rn. 17). Nicht ausreichend ist, dass die Klägerin sich im Schriftsatz vom 19.05.2021 Schadensersatzansprüche nur vorbehalten hat (vgl. BeckOK ZPO/Bacher, 40. Ed. 1.3.2021, ZPO § 254 Rn. 12 m.w.N.)."

29.5 Teilklage (offen / verdeckt), Zulässigkeit, Besonderheit bei Teilschmerzensgeld

742. **Problematik:** Während es dem Kläger im allgemeinen erlaubt ist (außer zur Vermeidung der LG-Zuständigkeit) Teile seiner Ansprüche erst später einzuklagen, kann bei einer nach § 287 ZPO gerichtlich festgestellten Schadenshöhe nicht noch später ein Nachschlag eingeklagt werden. Offene wie verdeckte Teilklagen sind zulässig, hemmen aber weder die Verjährung der ausgelassenen Teile, noch entfalten sie für diese eine Bindungswirkung, wie es nur ein Grundurteil oder eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 (2) ZPO über den gesamten Streitwert tun könnte.

743. **Besonders problematisch ist es, wenn die Schadenhöhe noch gar nicht gerichtlich/sachverständig festgestellt werden kann.** °Kern in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 304 **Rn. 2**: "Im Falle einer objektiven Klagehäufung eines bezifferten Leistungsantrages und eines nicht bezifferten Feststellungsantrages ist der Erlass eines Grund- und Teilendurteils zu prüfen. Dies ist bspw. möglich, wenn durch den Kläger bezifferte Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche aufgrund eines Verkehrsunfallgeschehens geltend gemacht werden und darüber hinaus die Feststellung der Verpflichtung der beklagten Partei zur Tragung auch künftiger, auf das Unfallgeschehen zurückzuführender Schäden ausgesprochen werden soll."

744. **Bei noch nicht absehbarem Schadensumfang ist die offene Teilklage zulässig, weil nach § 256 ZPO ein Feststellungsinteresse besteht.** **BGH, 20.01.2004 - VI ZR 70/03** (NJW 2004, 1243), **Kap. II.-2.-c)-bb)**: "… So hat er [der Senat] für den Fall, dass mit dem Eintritt weiterer Schäden zu rechnen ist, die letztlich noch nicht absehbar sind, das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse für die Feststellung der Ersatzpflicht zukünftiger immaterieller Schäden bejaht, wenn aus der Sicht des Geschädigten bei verständiger Würdigung Grund besteht, mit dem Eintritt eines weiteren Schadens wenigstens zu rechnen [ist] (vgl. Senatsurteile vom 16. Januar 2001 - VI ZR 381/99 - VersR 2001, 874 ff. und vom 20. März 2001 - VI ZR 325/99 – aaO). ..."

745. **Es besteht seitens des Klägers ein Wahlrecht zwischen offener Teilklage und Feststellungsklage.** **BGH, 20.01.2004 - VI ZR 70/03** (NJW 2004, 1243), **Kap. II.-2.-c)-cc) + ~3.**: "Im Hinblick darauf hätte es der offenen Teilklage nicht bedurft. Der Kläger hätte sich auch durch einen Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für zukünftige immaterielle Schäden seinen Anspruch sichern können. **[3.]** Andererseits bestehen gegen die Zulässigkeit einer Teilklage, wie sie hier vorliegt, keine rechtlichen Bedenken. ..."

746. **Im Gegensatz dazu kann eine Klage auf weiteres 'Teilschmerzensgeld' Schadenersatz nur für zuvor überhaupt nicht absehbare Folgen geltend machen, über welche nicht rechtskräftig entschieden wurde [siehe auch Rn. 736!].** **BGH, 20.01.2004 - VI ZR 70/03** (NJW 2004, 1243), **Kap. II.-4.**: "Von der offenen Teilklage sind allerdings die Fallgestaltungen zu unterscheiden, für die gewöhnlich der Begriff des Teilschmerzensgeldes gebraucht wird und für die sich die Frage stellt, ob über den Schmerzensgeldanspruch bereits in einem früheren Verfahren rechtskräftig abschließend entschieden worden ist. Wird für erlittene Körperverletzungen uneingeschränkt ein Schmerzensgeld verlangt, so werden durch den zuerkannten Betrag alle diejenigen Schadensfolgen abgegolten, die

entweder bereits eingetreten und objektiv erkennbar waren oder deren Eintritt jedenfalls vorhergesehen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden konnte (ständige Rechtsprechung; Senatsurteile vom 11. Juni 1963 - VI ZR 135/62 - VersR 1963, 1048, 1049; vom 8. Juli 1980 - VI ZR 72/79 - VersR 1980, 975 f.; vom 24. Mai 1988 - VI ZR 326/87 - VersR 1988, 929 f. und vom 7. Februar 1995 - VI ZR 201/94 - VersR 1995, 471 f.; BGH, Urteil vom 4. Dezember 1975 - III ZR 41/74 – VersR 1976, 440, 441). Nicht erfasst werden solche Verletzungsfolgen, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht eingetreten waren und deren Eintritt objektiv nicht vorhersehbar war, d.h. mit denen nicht oder nicht ernstlich zu rechnen war (vgl. Senatsurteil vom 2. März 2001 - VI ZR 325/99 - VersR 2001, 876, 877)."

747. Die offene Teilklage öffnet den Weg für noch nicht in der Höhe absehbare Schäden. OLG Düsseldorf, 27.04.2021 - 1 U 152/20 (VersR 2022, 326), **Ls. 4**: "Ist die Behandlung der unfallbedingten Verletzung noch nicht abgeschlossen und lässt sich – wie regelmäßig – der Behandlungserfolg nicht sicher vorhersagen, besteht für den Geschädigten bei Erhebung seiner Schmerzensgeldklage die Vorinstanz: Gelegenheit wie auch der Anlass, ***entweder einen Aufschlag*** auf das Schmerzensgeld wegen des fortbestehenden Risikos geltend zu machen ***oder*** aber sich auf eine ***offene Teilklage*** zu beschränken, mit der die mögliche, aber noch nicht eingetretene Schadensfolge aus der Schmerzensgeldbemessung herausgenommen wird."

29.6 Grund- und Teilurteile

748. Grundurteile müssen entscheidungsreif sein und einen wenigstens wahrscheinlichen Anspruch begründen. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 70**: "… Ein Grundurteil (§ 304 Abs. 1 ZPO) wiederum darf nur ergehen, wenn ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, grundsätzlich alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und wenn nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch ... in irgendeiner Höhe besteht (BGH NJW 2017, 265 Rn. 21)."

749. Dem Grunde nach berechtigte Klagen dürfen nicht im Wege des Auslassens von Ausführungen nach § 287 ZPO zur Anspruchshöhe abgewiesen werden. [Dieser Ls. zielt aus den Gründen der Rn. 750 auf die Hinweispflicht des Ls.a, Rn. 496, das Wort "Mindest" kann hier verwirren, denn ein Recht auf ein Grundurteil über einen Mindestschaden gibt es indes **nicht]. BGH, 25.06.2002 - X ZR 83/00** (NJW 2002, 3317), **Ls. b**: "Es ist regelmäßig verfahrensfehlerhaft, eine dem Grunde nach gerechtfertigte Klage abzuweisen, ohne die Mindesthöhe des bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach § 287 ZPO zu schätzen, wenn nach den getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden kann, daß der Anspruch schlechthin entfällt."

750. Der Erlass eines Grundurteils über einen unbezifferten Antrag ist unzulässig. BGH, 04.10.2000 - VIII ZR 109/99 (NJW 2001, 155), **Kap. II 2. a)**: "… Nach § 304 Abs. 1 ZPO kann nur bei einem nach Grund und Höhe streitigen Anspruch vorab über den Grund entschieden werden. ***Der Erlaß eines Grundurteils über einen unbezifferten Antrag ist daher unzulässig***. Das gilt auch für einen Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit, die ihrerseits nicht Gegenstand eines Grundurteils sein kann (BGHZ 132, 320, 327; BGH, Urteil vom 30. Januar 1987 - V ZR 7/86, NJW-RR 1987, 756; BGH, Urteil vom 12. Juni 1975 - III ZR 34/73, NJW 1975, 1968 = MDR 1975, 1007 unter I 2 a). ..."

751. Ein Grundurteil muss bei einer objektiven Klagehäufung zu ein und demselben Tatgeschehen (dort vorliegend: 5 Anträge zu dem einen Tatgeschehen der Lieferung mangelhafter Transistoren) über alle seine Teile ergehen. BGH, 04.10.2000 - VIII ZR 109/99 (NJW 2001, 155), **Kap. II 1. a)**: "Das Landgericht hat nicht ein Grundurteil hinsichtlich aller Anträge erlassen, sondern nur über den Zahlungsanspruch (Antrag zu 1) und die Leistungsbegehren auf Freistellung (Anträge zu 3 und 4) dem Grunde nach befunden."

752. Auch dürfen Feststellungs- und Leistungsklagen zu ein und demselben Tatgeschehen nicht durch Teilurteil voneinander getrennt werden. BGH, 04.10.2000 - VIII ZR 109/99 (NJW 2001, 155), **Kap. II 1 b)**: "… Es besteht daher die Gefahr, daß das Gericht, möglicherweise auch das

Rechtsmittelgericht, bei der späteren Entscheidung über diese Feststellungsanträge zu einer anderen Erkenntnis gelangt. ***Aus diesem Grunde darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Falle der objektiven Klagehäufung von Leistungsbegehren und Feststellungsansprüchen, die aus demselben tatsächlichen Geschehen hergeleitet werden, nicht durch Teilurteil gesondert über einen oder nur einen Teil der Ansprüche entschieden werden*** (BGH, Urteile vom 27. Mai 1992 - IV ZR 42/91, VersR 1992, 1087 = MDR 1992, 1038 unter I 2; vom 4. Februar 1997 - VI ZR 69/96, NJW 1997, 1709 unter II; vom 13. Mai 1997 - VI ZR 181/96, WM 1997, 1710 = NJW 1997, 3447 unter II 1; zu einem Teilurteil bei Klage und Widerklage vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2000 – XII ZR 334/97, NJW 2000, 2512 unter I; vgl. die Neufassung des § 301 Abs. 1 ZPO durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000, BGBl I, 330)."

753. Teilurteile dürfen nur so ergehen, dass sie von den abgetrennten Teilen unabhängig sind. BGH, 08.12.1992 - VI ZR 349/91 (BGHZ 120, 376), **Rn. 16**: "Ein Teilurteil darf nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur erlassen werden, wenn es von der Entscheidung über den Rest des Anspruches unabhängig ist, wenn also die Gefahr widersprechender Entscheidungen, auch infolge einer abweichenden Beurteilung durch das Revisionsgericht, ausgeschlossen ist (vgl. z.B. BGHZ 107, 236, 242 m.w.N.)."

754. Ein Teilurteil darf nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist. LAG Rheinland-Pfalz, 08.09.2020 - 8 Sa 485/19 (dejure 2020,48542), **Os.2**: "Ein Teilurteil darf nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist."

29.7 Güteverhandlungen / Mediation

755. Die Zivilprozessordnung erlaubt mehr als nur eine Güteverhandlung. Das Gericht hilft bei der Formulierung von Verlangen. ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), **Rn. 13 + 14** (openjur): "In der Güteverhandlung am 10.12.2018 überreichte der Prozessbevollmächtigte der Klägerseite ua. ein Passwort zu einer Internet-Ressource, wo die Unterlagen abzurufen waren. **[14]** Mit Schriftsatz vom 21.01.2019 (Bl. 68 ff. d.A.) nannte der Kläger einzelne Aspekte, hinsichtlich derer die erteilte Auskunft und Information unvollständig seien. Auf dieser Grundlage ***formulierte das Gericht in der zweiten Güteverhandlung am 07.02.2019 im Einvernehmen mit den Parteien ein Auskunftsbegehren*** (Protokoll Bl. 59 f. d.A.), zu dem die Beklagte mit Schriftsatz vom 06.03.2019 Stellung nahm (Bl. 63 f. d.A.)."

29.8 Streitverkündung

756. Die Streitverkündung unterliegt nicht dem Anwaltszwang. Schiffers, Dr. jur: Die Streitverkündung / II: Die Form der Streitverkündung (Haufe), **Rz. 24**: "Die Streitverkündung ist eine Prozesshandlung, für die sämtliche Prozesshandlungsvoraussetzungen gegeben sein müssen. Sie erfolgt durch einen bestimmenden Schriftsatz, der nicht dem Anwaltszwang unterliegt."

757. xxx Ebenso und mit Hinweis auf BGHZ 92, 251 (254) = NJW 1985, 329 = BauR 1985, 97 (98) in **Chasklowicz in Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 73 ZPO Rn. 1**: "Der Anwaltszwang des § 78 ZPO gilt für die Erklärung nicht"

758. Der Streitverkündete wird nicht Streitpartei und kann als Zeuge vernommen werden. Schiffers, Dr. jur: Die Streitverkündung / 4: Die Folgen für den Streitverkündungsempfänger (Haufe).

759. Der Streitverkündete kann wählen, auf welcher Seite er dem Streit beitritt und auch noch später die Seiten wechseln, oder den Beitritt zurücknehmen. Schiffers, Dr. jur: Die Streitverkündung / IV: Entscheidung über Beitritt (Haufe), **Rz. 48**: "Der Streitverkündungsadressat muss nach Zustellung einer Streitverkündung prüfen, ob er dem Rechtsstreit beitritt. Im Regelfall wird zunächst Akteneinsicht angezeigt sein. ***Der Beitritt kann auf der Seite des Streitverkünders oder aber der Gegenseite erfolgen***. Im Anwaltsprozess erfordert der Beitritt aber die anwaltliche Vertretung. Der Beitritt kann auch mit der Einlegung eines Rechtsmittels für die unter-

stützte Partei erfolgen (vgl. § 67 Abs. 2 ZPO). ***Im Verlaufe des Rechtsstreits kann der Beigetretene*** bei Vorliegen eines entsprechenden rechtlichen Interesses auch ***die Seiten wechseln*** (OLG München NJW 2017, 3312) ***oder den Beitritt zurücknehmen***."

760. Der Streitverkündete kann zur Sache vortragen, Beweisanträge stellen, Rechtsmittel einlegen und begründen, nur nicht im Widerspruch zu der unterstützten Partei. **Schiffers, Dr. jur: Die Streitverkündung / IV: Entscheidung_über_Beitritt** (Haufe), **Rz. 50**: "Die rechtliche Stellung des Beitretenden bestimmt sich gem. § 74 Abs. 1 ZPO nach den Grundsätzen der Nebenintervention (§§ 66 ff. ZPO). Er kann nicht nur ***zur Sache vortragen und Beweisanträge stellen (Grenze: Widerspruch der unterstützten Partei), sondern auch Rechtsmittel einlegen und begründen***. Da es sich hierbei um das Rechtsmittel der Hauptpartei handelt, ist auch deren Rechtsmittelfrist maßgebend (NJW-RR 1997, 919). Es kommt für den Fristbeginn auf die Zustellung des Urteils gegenüber der Hauptpartei (deren Datum bei der Geschäftsstelle erfragt werden kann) und nicht gegenüber dem Streitverkündungsadressaten an (Regressfalle! NJW 2001, 1355). Solange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen (§ 71 Abs. 3 ZPO). Die Parteien können aber nach § 71 ZPO einen Zwischenstreit über den Beitritt herbeiführen. Wird der Beitritt im Zwischenstreit nicht rechtskräftig zurückgewiesen, löst auch eine unzulässige Streitverkündung die Interventionswirkung des § 68 ZPO aus."

761. Nur die Streitverkündung, die aber den Eindruck erweckt, dass sie von einem Anwalt stamme, benötigt auch dessen Unterschrift. **(Achtung: Der amtliche Leitsatz allein ist evtl. irreführend!)** **BGH, 04.10.1984 - VII ZR 342/83** (NJW 1985, 328), **Ls.1+Rn. 18** (Kluwer): "Auch wenn für einen bestimmenden Schriftsatz Anwaltszwang nicht besteht, ist die mit ihm bezweckte Prozeßhandlung unwirksam, wenn die Partei von einem Anwalt vertreten wird und dieser den Schriftsatz nicht eigenhändig unterzeichnet hat. **[18]** Obwohl für die Streitverkündung Anwaltszwang nicht besteht (vgl. z.B. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 42. Aufl., § 73 Anm. 1 A; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 73 Rdn. 2; Zöller/Vollkommer, ZPO, 14. Aufl., § 73 Rdn. 1), gilt für sie Entsprechendes jedenfalls ***dann, wenn*** die Partei durch einen Anwalt vertreten ist und die Streitverkündungsschrift (abgesehen vom Mangel der Unterschrift) ***nach ihrem Erscheinungsbild den Eindruck erweckt, dass sie in seinem Büro gefertigt worden ist.***"

762. Der Streit, der verkündet werden soll muss lediglich bei Gericht anhängig sein, die Rechtshängigkeit (Zustellung zum Beklagten) ist nicht erforderlich. **BGH, 04.10.1984 - VII ZR 342/83** (NJW 1985, 328), **Ls. 3** (Kluwer): "Zur Wirksamkeit der Streitverkündung genügt es, dass der Rechtsstreit, in dem der Streit verkündet werden soll, anhängig ist; Rechtshängigkeit ist nicht erforderlich."

763. Die Streitverkündungsschrift wird über das Gericht an den Streitverkündeten zugestellt. **BGH, 04.10.1984 - VII ZR 342/83** (NJW 1985, 328), **Rn. 6, 15+16** (Kluwer): "Der Anwalt des Klägers zeigte dies dem Gericht mit - nunmehr ordnungsgemäß unterzeichnetem - Schriftsatz vom 19. Juni 1979 an und fragte gleichzeitig, wann Klage und Streitverkündungen zugestellt worden seien. Das wurde ihm mitgeteilt. **[15]** Rechtsfehlerfrei - insoweit von der Revision auch nicht angegriffen - nimmt das Berufungsgericht an, dass der Schriftsatz, den die Partei zum Zwecke der Streitverkündung einzureichen hat und der dann dem Dritten gemäß § 73 Satz 2 ZPO zuzustellen ist, ein "bestimmender Schriftsatz" ist. Durch einen derartigen Schriftsatz wird eine für das Verfahren wesentliche Prozeßhandlung vollzogen. An seine Einreichung oder Zustellung werden vom Gesetz besondere verfahrensrechtliche Folgen geknüpft (GSZ RGZ 151, 82, 83; GmS-OGB BGHZ 75, 340, 343 [BGH 30.04.1979 - GmS-OGB - 1/78]; zuletzt BGH, Beschl. v. 5. Juli 1984-I ZR 102/83, zum Abdruck in BGHZ bestimmt). **[16]** So ist es hier. Die Streitverkündung bietet eine Möglichkeit zur Beteiligung eines Dritten am Rechtsstreit, sie wird erst mit der Zustellung an den Dritten wirksam (§§ 74, 73 Satz 3 ZPO)."

764. Die Schrifterfordernis der Streitverkündung soll gewährleisten, dass die dies verantwortende Person sicher feststeht. **BGH, 04.10.1984 - VII ZR 342/83** (NJW 1985, 328), **Rn. 19** (Kluwer): "Die Schriftlichkeit soll gewährleisten, dass dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgege-

ben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können. Außerdem muss feststehen, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist (BGHZ 75, 340, 349) [BGH 30.04.1979 - GmS-OGB - 1/78]."

765. Die Streitverkündungsschrift darf auch nicht nur ein – nicht unterschriebener – Entwurf des Anwaltes zur Freigabe durch den Mandanten sein. BGH, 04.10.1984 - VII ZR 342/83 (NJW 1985, 328), **Rn. 21** (Kluwer): "***Anders ist es indessen mit Schriftsätzen, die aus einer Anwaltskanzlei stammen***. Dass ein Anwalt - von den technisch bedingten und von der Rechtsprechung als unabweislich zugelassenen Ausnahmen der Verwendung von Telegrammen, Telebriefen und Fernschreiben wieder abgesehen - die Unterschrift für entbehrlich hält, kann nicht angenommen werden. ***Fehlt seine Unterschrift, so kann das vielmehr darauf beruhen, daß*** er entweder versehentlich nicht unterschrieben hat oder daß der Schriftsatz - zumindest vorläufig - ***nur einen Entwurf darstellen*** und noch nicht an das Gericht herausgegeben werden sollte."

766. Eine wirksame Streitverkündung muss den Formerfordernissen aus § 73 ZPO genügen. OLG Frankfurt, 22.01.2021 - 29 U 166/19 (NJW 2021, 1825), **Titel.** (openjur): "Eine Streitverkündungsschrift, die nicht das volle Rubrum enthält, den Streitverkündungsgrund nur so bezeichnet, dass offen bleibt, welche Mängel gemeint sind, und nicht die Lage des Rechtsstreits angibt, sondern stattdessen lediglich eine Kopie der Gerichtsakte beifügt, erfüllt nicht die Anforderungen an eine wirksame Streitverkündung und hat keine verjährungshemmende Wirkung."

767. Die Streitverkündung muss enthalten: das volle Rubrum (mit korrekten Parteibezeichnungen). OLG Frankfurt, 22.01.2021 - 29 U 166/19 (NJW 2021, 1825), **Rn. 47** (openjur): "… die Streitverkündungsschrift muss ***das volle Rubrum*** (vgl. § 130 Satz 1 ZPO) enthalten. In formaler Hinsicht handelt es sich nämlich bei der Streitverkündungsschrift um einen bestimmenden Schriftsatz im Sinne der §§ 130 ff. ZPO (Sohn, BauR 2007, 1308, 1311). Er muss auch deshalb das volle Rubrum beinhalten, da er einer den Anforderungen des § 253 Absatz 2 ZPO unterliegenden Klageschrift gleich steht und der Empfänger des Schriftsatzes ausreichend über die Parteien des Rechtsstreits informiert werden muss, um über einen Beitritt zu entscheiden und diesen nach § 70 Absatz 1 ZPO ordnungsgemäß zu vollziehen (Dressler, in: BeckOK ZPO, Vorwerf/Wolf, 38. Edition, Stand: 01.09.2020, § 73 Rn. 1). Nach §§ 74 Absatz 3, 70 Absatz 2 ZPO gelten die Grundsätze aller vorbereitenden Schriftsätze. § 70 ZPO befasst sich mit dem Beitritt des Nebenintervenienten und regelt in Absatz 2 explizit, dass die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze gelten."

768. Die Streitverkündung muss enthalten: den Grundes der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreites. OLG Frankfurt, 22.01.2021 - 29 U 166/19 (NJW 2021, 1825), **Rn. 49** (openjur): "… Gemäß § 73 Satz 1 ZPO hat die Partei zum Zwecke der Streitverkündung einen Schriftsatz einzureichen, in dem der ***Grund der Streitverkündung*** und die ***Lage des Rechtsstreits*** anzugeben ist. ..."

769. Die Streitverkündung muss enthalten: bereits gestellte Anträge, prozessrechtliche Erklärungen, der Gegenstand des Rechtsstreites, bereits stattgefundene oder angeordnete Beweisaufnahmen, [noch] relevante Verfügungen und bevorstehende Termine müssen mitgeteilt werden. Die Bezugnahme auf die Gerichtsakte genügt nicht. OLG Frankfurt, 22.01.2021 - 29 U 166/19 (NJW 2021, 1825), **Rn. 50** (openjur): "… Da §73 Satz 1 ZPO aber die Mitteilung der Lage des Rechtsstreits verlangt, sind im Schriftsatz nicht nur die Parteien und das Gericht zu bezeichnen, die ***Anträge*** (und eventuelle weitere prozessrechtliche Erklärungen der Parteien) mitzuteilen und ***der Gegenstand des Rechtsstreits*** darzulegen, sondern es muss auch über bereits ***stattgefundene oder angeordnete Beweisaufnahmen***, über etwa ***ergangene gerichtliche Entscheidungen*** und für das weitere Verfahren ***relevante Verfügungen*** sowie über ***bevorstehende Termine*** informiert werden (Dressler, in: BeckOK ZPO, aaO, § 73 Rn. 5; Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Auflage 2020, § 73 Rn. 3). ***Die Bezugnahme auf die Gerichtsakte gemäß § 131 Absatz 1 ZPO genügt nicht*** (Sohn, BauR 2007, 1308, 1312). Schon im Hinblick auf die Wahrung seines rechtlichen Gehörs im Sinne des Artikel 103 Absatz 1 GG muss der Streitverkündungsempfänger von vornherein nicht nur über

den Grund der Streitverkündung ausreichend informiert werden, sondern auch darüber, worum es im Rechtsstreit geht und in welcher prozessualen Lage sich dieser befindet (Dressler, BeckOK ZPO, aaO, § 73 Rn. 1)."

770. Mit "Grund der Streitverkündung und Lage des Rechtsstreits ist das Rechtsverhältnis gemeint, aus dem sich der Rückgriffsanspruch gegen den Dritten oder dessen Anspruch gegen den Streitverkündenden ergeben soll, damit der Streitverkündungsempfänger prüfen kann, ob es für ihn angebracht ist, dem Rechtsstreit beizutreten. Die Streitverkündungsschrift muss zugestellt werden. Der etwaige Anspruchsgrund muss ausreichend bezeichnet, jedoch nicht auch der Höhe nach konkretisiert sein. OLG Frankfurt, 22.01.2021 - 29 U 166/19 (NJW 2021, 1825), **Rn. 52** (openjur): "Gemäß § 73 Absatz 1 ZPO hat die Partei zum Zwecke der Streitverkündung einen Schriftsatz einzureichen, in dem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist. Damit ist das Rechtsverhältnis gemeint, aus dem sich der Rückgriffsanspruch gegen den Dritten oder dessen Anspruch gegen den Streitverkündenden ergeben soll (BGH, Urteil vom 08.12.2011 - IX ZR 204/09, BeckRs 2012, 2221, Rn. 14 zitiert nach Beck-Online). Dieses Rechtsverhältnis ist unter Angabe der tatsächlichen Grundlagen so genau zu bezeichnen, dass der Streitverkündungsempfänger - gegebenenfalls nach Einsicht in die Prozessakten (§ 299 ZPO) - prüfen kann, ob es für ihn angebracht ist, dem Rechtsstreit beizutreten. Dies soll sicherstellen, dass der Streitverkündungsempfänger mit Zustellung der Streitverkündungsschrift Kenntnis davon erlangt hat, welchen Anspruchs sich der Streitverkündete gegen ihn berühmt. Fehlen die erforderlichen Mindestangaben, wird die Verjährung nicht unterbrochen oder gehemmt. Die Streitverkündungsschrift genügt den Konkretisierungserfordernissen, wenn in ihr der Anspruchsgrund in ausreichendem Maße bezeichnet wird. Sie braucht den ihr zugrundeliegenden Anspruch nicht bereits auch der Höhe nach zu konkretisieren (BGH, aaO). Es kommt nicht auf die ausdrückliche Wortwahl, sondern darauf an, dass der Inhalt des Schriftsatzes für den Empfänger keine Zweifel offenlässt (BGH, Urteil vom 06.12.2007 - IX ZR 143/06, NJW 2008, 519, 522, Rn. 28 ff. zitiert nach Beck-Online)."

29.9 Streitgenossen (nur in der Ausnahme des § 69 ZPO auch Nebenintervenient)

771. Streitgenossen benötigen mindestens einen gemeinsamen Gegner. BGH, 17.04.1986 - I ZR 213/83 (NJW 1992, 981), **Ls** : "Voraussetzung für die Bestimmung eines gemeinsamen Gerichtsstandes nach § 36 Nr. 3 ZPO ist, daß die "als Streitgenossen" in Anspruch genommenen Personen zumindest einem gemeinschaftlichen Gegner gegenüberstehen."

772. Für die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft ist weder die Identität noch die Gleichheit des tatsächlichen und rechtlichen Grundes erforderlich. Oft sind prozessökonomische Aspekte ausschlaggebend. BGH, 23.05.1990 - I ARZ 186/90 (NJW-RR 1991, 381), **Rn. 5**: "… Als eine weitgehend auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Vorschrift ist § 60 ZPO weit auszulegen (BGH, Urt. v. 21.2.1975 - V ZR 148/73, NJW 1975, 1228; Beschl. v. 16.4.1986 - Ivb ARZ 4/86, NJW 1986, 3209). dies gestattet es, ***auch ohne Identität oder Gleichheit*** des tatsächlichen und rechtlichen Grundes der geltend zu machenden Ansprüche in einem inneren sachlichen Zusammenhang stehen, der sie ***ihrem Wesen nach als gleichartig erscheinen lässt*** (vgl. BGH aaO.). … Insoweit ist entscheidend, dass die Makleraufträge und die daraus hergeleiteten Provisionsansprüche tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind. Diese Ansprüche entstehen nur, wenn der Kaufvertrag, auf dessen Abschluss sich die Maklertätigkeit richtet, rechtswirksam zustande kommt. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die tatsächliche und rechtliche Verknüpfung der erteilten Makleraufträge und der daraus resultierenden Forderungen im Rechtsstreit regelmäßig zum Streit um den Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Abschluss des Kaufvertrages (§ 652 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder über die Angemessenheit des beanspruchten Maklerlohns (§ 653 BGB; BGHZ 94, 88, 101, 104) [BGH 07.03.1985 - III ZR 126/83]. ***Prozessökonomisch*** ist es daher in Fällen wie hier sinnvoll, dass die auf Zahlung von Maklerlohn in Anspruch Genommenen als Streitgenossen gemeinschaftlich verklagt werden können."

773. Die unerlaubte Handlung eröffnet auch bei Verkäufer und Hersteller eines Fahrzeuges die Streitgenossenschaft. Dabei müssen nicht alle anspruchsrelevanten Sachverhalte deckungs-

gleich sein. BGH, 06.06.2018 - X ARZ 303/18 (NJW 2018, 2200), **Ls. + Rn. 13**: "Macht der Käufer eines Kraftfahrzeugs ***gegen den Verkäufer*** Ansprüche wegen eines behaupteten Sachmangels (hier: im Fahrbetrieb abgeschalteter Abgasreinigungseinrichtungen) ***und gegen den Hersteller des Fahrzeugs Ansprüche aus unerlaubter Handlung*** geltend, die auf die Vortäuschung eines mangelfreien Zustands gestützt werden, ***können Verkäufer und Hersteller als Streitgenossen gemeinschaftlich verklagt werden***. … **[13]** … § 60 ZPO verlangt nicht, dass die anspruchsrelevanten Sachverhalte deckungsgleich sind ..."

29.10 Verjährung

774. Für den Beginn der Verjährung muss der Geschädigte so viel Kenntnis über etwaige Pflichtverletzungen und die verantwortliche Person (Tat und Täter) haben, dass eine Klage zumutbar ist, nicht jedoch, dass sie nahezu risikolos geführt werden könnte. BGH, 31.10.2000 - VI ZR 198/99 (BGHZ 145, 358), **Kap. II 1., a) + c)**: "Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht in allem stand. Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht, die geltend gemachten deliktischen Schadensersatzansprüche des Klägers seien verjährt. 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings dagegen, daß das Berufungsgericht den ***Beginn des Laufs der Verjährungsfrist*** mit dem 15. März 1994 angesetzt hat. Rechtsfehlerfrei wird im Berufungsurteil ausgeführt, daß der Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt ausreichende Kenntnis im Sinne des § 852 Abs. 1 BGB vom Schaden und der Person des Schädigers hatte. **[a)]** Eine derartige Kenntnis kann allerdings nicht schon dann bejaht werden, wenn dem Patienten lediglich der negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt ist. Er muß vielmehr auch auf einen ärztlichen Behandlungsfehler als Ursache dieses Mißerfolges schließen können. Dazu muß der Patient nicht nur die wesentlichen Umstände des Behandlungsverlaufs kennen, sondern auch Kenntnis von solchen Tatsachen erlangen, aus denen sich für ihn als medizinischen Laien ergibt, daß der behandelnde Arzt von dem üblichen medizinischen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht getroffen hat, die nach dem ärztlichen Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich waren (ständige Rechtsprechung, vgl. Senatsurteile vom 23. Februar 1988 - VI ZR 56/87 - NJW 1988, 1516, 1517; vom 23. April 1991 - VI ZR 161/90 - VersR 1991, 815, 816; vom 29. November 1994 - VI ZR 189/93- VersR 1995, 659, 660 und vom 3. Februar 1998 - VI ZR 356/96 - VersR 1998, 634, 636; auch BGH, Urteil vom 24. Juni 1999 - IX ZR 363/97 - VersR 1999, 1149, 1150). ***Entscheidend ist dann, ob dem Geschädigten bei seinem Kenntnisstand die Erhebung einer Schadensersatzklage gegen eine bestimmte Person - sei es auch nur in Form der Feststellungsklage - zumutbar ist*** (vgl. z.B. Senatsurteile vom 18. Januar 1994 - VI ZR 190/93 - NJW 1994, 1150, 1152 und vom 20. September 1994 - VI ZR 336/93 - NJW 1994, 3092, 3093). **[c)]** Ohne Erfolg wendet die Revision ein, aus dem Klinischen Wörterbuch von Pschyrembel habe sich für den Kläger als medizinischen Laien lediglich die Vermutung dahin ergeben, die ERCP sei bei einer akuten Pankreatitis kontraindiziert gewesen. Eine ausreichend sichere Kenntnis über das behandlungsfehlerhafte Vorgehen der beklagten Ärzte habe er erst erlangt, als ihm das Privatgutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung vom 6. Februar 1995 vorgelegen habe. Eine Gewißheit, wie sie sich der Kläger durch dieses Privatgutachten verschaffen zu können hoffte, ist für eine Kenntnis im Sinne des § 852 Abs. 1 BGB jedoch nicht erforderlich; ***der Verjährungsbeginn setzt keineswegs voraus, daß der Geschädigte bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand hat, um einen Rechtsstreit im wesentlichen risikolos führen zu können*** (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 1994 - VI ZR 190/93 - aaO). Es muß dem Patienten lediglich zumutbar sein, aufgrund dessen, was ihm hinsichtlich des tatsächlichen Geschehensablaufs bekannt ist, Klage zu erheben, wenn auch mit verbleibendem Prozeßrisiko, insbesondere hinsichtlich der Nachweisbarkeit eines schadensursächlichen ärztlichen Fehlverhaltens. Die in den Schreiben vom 22. Februar und vom 15. März 1994 enthaltenen Ausführungen zeigen, wie bereits dargelegt, eine hinreichende Kenntnis der Klägerseite von den behaupteten Behandlungs- und Aufklärungsfehlern, so daß eine Klageerhebung schon als zumutbar erschien, bevor der Kläger auf das genannte Privatgutachten des Medizinischen Dienstes zurückgreifen konnte, das dem Kläger im übrigen - gerade was eine Gewißheit hinsichtlich der im Raum stehenden Vorwürfe gegenüber dem Vorgehen der beklagten Ärz-

te angeht - kaum wesentlichen zusätzlichen Erkenntnisgewinn zu bringen vermochte. Entsprechend der seinerzeit gegebenen Kenntnislage hat der Klägervertreter auch bereits im Schreiben vom 22. Februar 1994 eine Klageerhebung in Aussicht gestellt. ***Die ab dem 15. März 1994 laufende dreijährige Verjährungsfrist gab dem Kläger sodann hinreichende Möglichkeiten, sich für das weitere Vorgehen noch sicherere Grundlagen, insbesondere zur Beweisbarkeit seines Vorbringens zu verschaffen.***"

775. Eine Teilklage hemmt bereits die Verjährung, wenn sie noch nicht aufgeschlüsselt ist. BGH, 06.05.2014 - II ZR 217/13 (NJW 2014, 3298), **Ls**: "An der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass bereits die Erhebung einer Teilklage, mit der mehrere Ansprüche geltend gemacht werden, deren Summe den geltend gemachten Teil übersteigt, die Verjährung aller Teilansprüche hemmt und die Bestimmung, bis zu welcher Höhe bzw. in welcher Reihenfolge die einzelnen Teilansprüche verfolgt werden, nachgeholt werden kann, wird festgehalten."

776. Auch ein nicht aufgeschlüsselter Mahnbescheid genügt zur Verjährungshemmung, wenn die einzelnen Rechnungsposten unselbständig sind. BGH, 17.11.2010 - VIII ZR 211/09 (NJW 2011, 613), **Ls. b**: "Das Erfordernis, einen angegebenen Gesamtbetrag bereits im Mahnbescheid hinreichend aufzuschlüsseln, besteht nur dann, wenn eine Mehrzahl von Einzelforderungen geltend gemacht wird. Anders liegt es, wenn Gegenstand des Mahnbescheids eine einheitliche Schadensersatzforderung ist, die sich aus mehreren unselbständigen Rechnungsposten zusammensetzt."

777. Die Anforderungen an die Aufschlüsselung im Mahnbescheid hängen vom Einzelfall ab. BGH, 17.11.2010 - VIII ZR 211/09 (NJW 2011, 613), **Rn. 9**: "Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab (st. Rspr.; Senatsurteil vom 23. Januar 2008 - VIII ZR 46/07, NJW 2008, 1220 Rn. 13; BGH, Urteile vom 21. Oktober 2008 - XI ZR 466/07, NJW 2009, 56 Rn. 18; vom 10. Juli 2008 - IX ZR 160/07, NJW 2008, 3498 Rn. 7; Senatsurteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 229/09, NJW-RR 2010, 1455 Rn. 11; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 Rn. 39 zur Unterbrechung der Verjährung nach § 209 BGB aF mwN)."

778. Das Rechtsschutzbedürfnis des Gemahnten kann schon vor dem Mahnbescheid erfüllt worden sein. BGH, 17.11.2010 - VIII ZR 211/09 (NJW 2011, 613), **Rn. 11-14**: "a) Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung ist nicht, dass aus dem Mahnbescheid für einen außenstehenden Dritten ersichtlich ist, welche konkreten Ansprüche mit dem Mahnbescheid geltend gemacht werden; ***es reicht aus, dass dies für den Antragsgegner erkennbar ist*** (Senatsurteile vom 23. Januar 2008, VIII ZR 46/07, aaO Rn. 15, und vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 229/09, aaO; vgl. ferner BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 236/05, aaO Rn. 46 mwN). … **[12]** b) ***Die Bestimmung des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO verlangt lediglich eine knappe Kennzeichnung des geltend gemachten Anspruchs und der verlangten Leistung***. Umfangreiche Erläuterungen wären mit der auf eine schnelle Erledi-gung ausgerichteten Zielsetzung des Massenverfahrens nach §§ 688 ff. ZPO nicht vereinbar (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1993 - IX ZR 21/93, aaO). … **[13]** aa) ***Entscheidend ist hierbei zunächst, dass zwischen den Parteien bei Zustellung des Mahnbescheids außerhalb des hier in Rede stehenden Mietverhältnisses keine rechtlichen Beziehungen bestanden haben*** (vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch BGH, Urteil vom 30. November 1999 - VI ZR 207/98, aaO ["Schadenersatz aus Unfall/Vorfall"], sowie Senatsurteil vom 23. Januar 2008 - VIII ZR 46/07, aaO Rn. 15). Zudem war den Beklagten ***aufgrund des vorangegangenen Rechtsstreits***, der erst kurz vor Zustellung des Mahnbescheids mit Urteil des Landgerichts vom 21. Dezember 2006 seinen Abschluss gefunden hatte, bekannt, dass die Kläger wegen der von ihnen gerügten Mängel des angemieteten Hauses und den von ihnen in diesem Zusammenhang getätigten Aufwendungen beabsichtigten, Schadensersatzansprüche gerichtlich geltend zu machen. Aus diesem Grund konnte bei den Beklagten bei verständiger Würdigung kein Zweifel daran bestehen, dass die im Mahnbescheid vom 22. Januar 2007 verlangte Schadensersatzforderung in Höhe von 29.014,34 € aus dem von den Klägern als mangelhaft beanstandeten Zustand des vermieteten Wohnhauses resultierte. **[14]** …. ***Einzelangaben*** zur

Berechnung der Höhe der ***aus diesem Tatsachenkomplex*** abgeleiteten Schadensersatzforderung ***waren*** für eine ausreichende Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs ***nicht erforderlich*** (vgl. auch BGH, Urteil vom 6. Dezember 2001 - VII ZR 183/00, aaO unter II 2 b). …."

779. Die Unzumutbarkeit einer Klageerhebung kann die Verjährung hemmen. EGMR, 16.06.2005 - 61603/00 (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 32**: "Das Gericht wies darauf hin, dass man erst dann davon ausgehen könne, dass ein Geschädigter diese Kenntnis habe, ***wenn er in der Lage sei, eine hinreichend Erfolg versprechende Schadensersatzklage einzureichen***. Erst dann sei ihm, auch im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand, eine Klage zuzumuten. Das Gericht nahm auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bezug."

780. Verjährung beginnt bei grober Fahrlässigkeit erst dann, wenn auch die Kenntnis derselben zurechenbar ist sowie eine Klage einigermaßen sichere Aussicht auf Erfolg verspricht und zumutbar ist. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 190 + 194**: "… Während die Kenntnis betreffend der inhaltlichen Unrichtigkeit des Gutachtens bereits mit dessen Vorliegen eintrete, gelte dies für die Kenntnis der grob fahrlässigen fehlerhaften Erstellung gerade noch nicht. Anders als die Frage der Richtigkeit der Aussage des Gutachtens sei für letztere eine Kenntnis von methodischen Fehlern bei der Gutachtenerstellung nötig, und zwar solcher methodischer Fehler, die den Vorwurf eines grob fahrlässigen Handeln in Form eines erheblichen Abweichens von einem grundsätzlich einzuhaltenden wissenschaftlichen Standard begründeten. … **[194]** Darüber hinaus muss der Gläubiger die den Anspruch begründenden Umstände kennen. Es müssen sämtliche Tatsachen bekannt sein, die (subsumiert) den Anspruch begründen, darüber hinaus auch die anspruchsbegründenden Kausalitätsverläufe (jurisPK-BGB/Lakkis, aaO Rn. 115). Gehört zu den anspruchsbegründenden Tatsachen die Kenntnis von entsprechenden Standards eines Berufs oder einer Branche, nach denen sich die Pflichtwidrigkeit im Rahmen eines entsprechenden Anspruchs beurteilt, kann der Geschädigte ohne die Kenntnis etwa industrieller Normen, wie der DIN, oder ärztlicher Standards nicht die Erfolgschancen einer Klage einschätzen (Spindler in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, aaO § 199 Rn. 24). Die Verjährung kann nur regulär anlaufen, wenn der Gläubiger die Möglichkeit hat, Klage zu erheben (jurisPKBGB/ Lakkis, aaO Rn. 117). Die Kenntnis muss so weit gehen, dass der Geschädigte auf Grund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Schadensersatzklage, sei es auch nur eine Feststellungsklage, mit einigermaßen sicherer Aussicht auf Erfolg erheben kann, dass er mithin alle Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs außer dem Schadensbetrag vernünftigerweise für gegeben halten muss und ihm deshalb angesichts der ihm bekannten Tatsachen eine Klageerhebung zuzumuten ist (BGH VersR 1967, 711, 712; BGB-RGRK/Kreft, 12. Aufl. § 852 Rn. 23). Bei Ansprüchen, die ein Verschulden des Schädigers voraussetzen, ist die Kenntnis von Tatsachen erforderlich und ausreichend, die auf ein schuldhaftes Verhalten des Schädigers und dessen Ursächlichkeit für den Schaden hinweisen und als naheliegend erscheinen lassen (BGB-RGRK/Kreft, aaO Rn. 26). Es ist aber weder notwendig, dass der Geschädigte alle Einzelumstände kennt, die für die Beurteilung möglicherweise Bedeutung haben, noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können (BGH VersR 2009, 685, 688 Rn. 32; 2016, 551, 553 Rn. 14)."

781. Die Kenntnis bedingte Verjährung setzt die Kenntnis von Tat und Tätern sowie deren Adresse voraus, ohne begründete Zweifel an der Verantwortlichkeit haben zu müssen. OLG Saarbrücken, 23.11.2017 - 4 U 26/15 (FamRZ 2018, 796), **Rn. 194**: "Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen hat der Geschädigte nur dann, wenn ihm dessen Name und Anschrift bekannt sind. Die Verjährungsfrist gegenüber dem Ersatzpflichtigen beginnt erst, wenn der Geschädigte keine begründeten Zweifel mehr an Person und Verantwortlichkeit hat (jurisPK-BGB/Lakkis, 8. Aufl. § 199 Rn. 111). ..."

29.11 Widerklage / Aufrechnung

782. Gegenforderungen welche die Klageforderungen übersteigen, können nur mit Widerklage, nicht aber mit Aufrechnung geltend gemacht werden. Goebel und Lühl:

Widerklage_und_Aufrechnung 08/1: Vorteile der Widerklage (Haufe), **Rz. 12**: "Eine Widerklage ist insbesondere auch dann in Betracht zu ziehen, wenn der Beklagte und eigene Mandant davon ausgeht, dass ihm eine Forderung zusteht, die der Höhe nach die Klageforderung übersteigt. In diesem Fall kann eine Aufrechnung nur bis zur Höhe der Klageforderung erfolgen. Der überschießende Teil müsste sodann im Wege der Widerklage geltend gemacht werden. Geschieht dies nicht, besteht die Gefahr, dass der überschießende Betrag, der nicht von der Aufrechnung erfasst wird, verjährt."

783. Eine Streitwert erhöhende Widerklage ist bei Überschreiten von 5.000 € zusammen mit der Klage an das Landgericht zu verweisen. AG Frankenthal, 18.02.2016 - 3d C 139/15 (dejure 2016,2593), **Rn. 3**: "Das Amtsgericht Frankenthal (Pfalz) folgt indes der überzeugenden Auffassung, die eine Verweisung des gesamten Rechtsstreit nach § 506 ZPO auch im Falle der lediglich hilfsweisen Widerklageerhebung ohne vorherige Entscheidung über die Klage für geboten erachtet. Dafür spricht zum einen, dass der Wortlaut des § 506 Abs. 1 ZPO insoweit nicht zwischen einer unbedingt und einer lediglich hilfsweise erhobenen Widerklage unterscheidet, die Hilfswiderklage aber nach allgemeiner Auffassung sofort mit Zustellung des entsprechenden Schriftsatzes - auflösend bedingt durch den Nichteintritt des Falles, für den sie gestellt wurde - rechtshängig wird (BGH, NJW 1973, 98). Zum anderen folgt dies aus ***der Zielsetzung des § 506 ZPO, dass über Klage und Widerklage möglichst einheitlich entschieden werden soll***; dieser Gedanke kommt auch bei der Hilfswiderklage zum Tragen, wegen des bestehenden Eventualverhältnisses sogar in noch größerem Maße als bei der unbedingt erhobenen Klage (so auch Toussaint, a. a. O.). Schließlich ist es dem Amtsgericht davon unabhängig ohnehin verwehrt, gemäß § 301 ZPO durch Teilurteil zu entscheiden, ***wenn Klage und Widerklage denselben Gegenstand betreffen oder wie hier von derselben Vorfrage abhängen oder in untrennbarem Zusammenhang stehen*** (vgl. Vollkommen in: Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 301 Rz. 9 a m. w. N.). Auch dies gebietet eine Verweisung nach § 506 ZPO im Falle der bloßen Erhebung einer Eventualwiderklage (OLG Celle, Beschluss vom 05.06.2009 - 4 AR 19/09; OLG München, Beschluss vom 13.11.2014 - 34 AR 153/14)."

784. Mit der Widerklage hat der Widerkläger die starke Prozessstellung, dass er in den Grenzen der §§ 59 und 60 ZPO frei darüber entscheiden kann, wen er verklagen und miteinander in eine Prozessgemeinschaft zwingen will (dort: nicht isolierte deliktische Drittwiderklage). BGH, 17.10.1963 - II ZR 77/61 (BGHZ 40, 185), **Rn. 9-12**: "Die Ausführungen des Berufungsgerichts erscheinen zunächst insofern bedenklich, als es sich nicht um die nachträgliche Einbeziehung weiterer Beklagter in einen anhängigen Rechtsstreit, sondern um die Zulässigkeit einer Widerklage gegen ***Personen handelt, die nicht Kläger der Hauptklage sind***. Denn die Widerklage ist hier sogleich gegen alle drei Widerbeklagte erhoben worden. Die Widerklageschrift ist ihnen an denselben Tage zugestellt worden. Es geht also darum, ob ein Widerkläger die volle Rechtsstellung eines selbständigen Klägers hat, der in den Grenzen der §§ 59 und 60 ZPO frei darüber entscheiden kann, ***wen er verklagen und miteinander in eine Prozeßgemeinschaft zwingen will***, oder ob ein Widerkläger noch zusätzlichen Beschränkungen unterliegt. **[10]** Zulässig ist eine Widerklage, wenn ihre besonderen Prozeßvoraussetzungen vorliegen. Die Widerklage setzt begrifflich eine Klage voraus, die schon und noch anhängig ist. Hieraus folgt, daß Widerkläger ein Beklagter und Widerbeklagter ein Kläger sein muß. Schließlich muß der mit der Widerklage geltend gemachte Gegenanspruch mit den Klageanspruch oder mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln ***in rechtlichem Zusammenhang stehen***. Je nach dem, was man unter dem Begriff des Gegenanspruchs versteht - durch die Person des Schuldners mitbestimmt oder nicht -, ist allenfalls die letzte Prozeßvoraussetzung auch für die Widerklage gegen die Widerbeklagten zu 2 und 3 gegeben. Die ersten beiden Voraussetzungen - anhängige Klage und deren Kläger - liegen jedenfalls nur bei der Widerklage gegen die Klägerin und Widerbeklagte zu 1 vor, fehlen hingegen bei der Widerklage gegen die bisher am Rechtsstreit nicht beteiligten Widerbeklagten zu 2 und 3. Dieser Mangel hätte an sich zur logischen Folge, daß die Widerklage gegen die Widerbeklagten zu 2 und 3 auf deren - hier erfolgte - Rüge als unzulässig abgewiesen werden müßte. **[11]** Ein solches Ergebnis kann aber nicht befriedigen. Mag es logisch sein und eine ausnahmslose Anwendung der für die Widerklage geltenden Regeln gestatten, so widerstreitet es doch in hohem Maße den praktischen Bedürfnissen, denen gerade der § 33

ZPO Rechnung tragen will. ***Hiernach soll die Vervielfältigung und Zersplitterung der Prozesse vermieden werden. Zusammengehörende Ansprüche sollen einheitlich verhandelt und entschieden werden*** (vgl. die amtliche Begründung zu § 33 ZPO, bei Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Aufl. Bd. 2, S. 158). Dies trifft auch für den hier geltend gemachten Gegenanspruch zu, der mit dem Klageanspruch in rechtlichem Zusammenhang steht. ***Beide Ansprüche müßten auf Klage und Widerklage auch gleichzeitig verhandelt und entschieden werden, wenn zuerst nicht, wie hier, die Klägerin, sondern die Beklagten Klage erhoben hätten und alsdann die Klägerin ihren Anspruch gegen die Beklagten mit einer Widerklage geltend gemacht hätte. Das Ergebnis kann nicht anders sein, wenn sich bei sonst gleicher Sach- und Rechtslage allein die Reihenfolge des Vorgehens der Parteien ändert, es kann nicht vom Zufall dieser Reihenfolge abhängen***. Hinzu kommt, daß die Beklagten das mit der Widerklage verfolgte Ziel auch durch die Erhebung einer selbständigen Klage und deren anschließende Verbindung mit der Klage der Klägerin hätten erreichen können. Die nach § 147 ZPO mögliche Verbindung steht zwar im Ermessen des Gerichts; sie kann daher weder erzwungen noch kann ihre Ablehnung angefochten werden. Die Stellung der Beklagten ist hier, rein rechtlich gesehen, schwächer als bei einer Widerklage, die durch Parteiakt - ohne richterliche Maßnahme - zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung führt. Praktisch wird sich dieser Unterschied aber kaum auswirken. Denn es ist anzunehmen, daß jedes Gericht von dem Recht des § 147 ZPO, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, Gebrauch macht. **[12]** Eine weitere Überlegung verstärkt die Bedenken, die gegen ein nur logisch richtiges Ergebnis sprechen, und weist zugleich den Weg zu einer sachgerechten Lösung. Eine Widerklage wird nämlich vom Zeitpunkt ihrer zulässigen Erhebung an wie eine selbständige Klage behandelt. Die dann eintretende Selbständigkeit der Widerklage wird daran deutlich, daß ihr Fortbestand, wie auch § 301 ZPO ergibt, nicht mehr von der andauernden Rechtshängigkeit der Hauptklage abhängt. So läßt z.B. eine Zurücknahme der Hauptklage die kurz zuvor erhobene Widerklage unberührt. Gegen die Widerklage gibt es jetzt eine ***Wider-Widerklage*** (vgl. BGH LM ZPO § 33 Nr. 4 = MDR 1959, 571) und das Gericht kann Klage und Widerklage nach Maßgabe des § 145 Abs. 2 ZPO voneinander trennen. Mit ihrer zulässigen Widerklage gegen die Klägerin haben die Beklagten daher die gleiche Rechtsstellung wie bei einer selbständig erhobenen Klage erlangt. Wie jeder andere Kläger können sie nunmehr unter gewissen Voraussetzungen auch eine bisher am Rechtsstreit nicht beteiligte Person verklagen."

785. Über die Nichtzustellung einer Widerklageschrift findet die sofortige Beschwerde statt. OLG Frankfurt, 05.02.2007 - 9 W 2/07 (dejure 2007,8251), **Tenor + Rn. 1**: "***Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin*** werden die Verfügung des Landgerichts Frankfurt am Main vom 28. Dezember 2006 sowie der Beschluss vom 15. Januar 2007 aufgehoben. Das Landgericht wird angewiesen, über die Zustellung der Widerklageschrift unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden. **[1]** Die nach § 567 I ZPO ***zulässige sofortige Beschwerde*** (vgl. dazu Zöller-Greger ZPO, 26. Auflage, § 271 RN 6) ist auch in der Sache begründet. ***Das Landgericht kann die Zustellung der Widerklageschrift nicht mit der Begründung verweigern***, es mangele an der für die Widerklage erforderlichen Prozessvoraussetzung der Rechtshängigkeit der Klage."

786. Bei der zur Widerklage fehlenden Prozessvoraussetzung 'Rechtshängigkeit der Klage' muss der Widerkläger entweder verzichten, oder die Widerklage muss abgetrennt werden und als eigenständige Klage behandelt werden. OLG Frankfurt, 05.02.2007 - 9 W 2/07 (dejure 2007,8251), **Rn. 5**: "Alternativ könnte das Landgericht bei den Beschwerdegegnern erfragen, ob die Zustellung angesichts des zurückgewiesenen Prozesskostenhilfeantrags überhaupt noch gewünscht wird. ***Sollte dies nicht der Fall sein, müssten Klage- und Widerklageschrift nicht mehr zugestellt werden. Allerdings wäre die Widerklageschrift dann vom vorliegenden Verfahren abzutrennen und als eigenständige Klage zu behandeln - es sei denn, die Beschwerdeführerin verzichtet hierauf.***"

29.11.1 Drittwiderklage

787. Die Zulässigkeit der parteierweiternden Widerklage ist in der Rechtsprechung anerkannt

wenn sie sich nicht ausschließlich (isoliert) gegen den Drittwiderbeklagten richtet. BGH, 30.09.2010 - Xa ARZ 191/10 (BGHZ 187, 112), **Rn. 5-7**: "1. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Institut der parteierweiternden Widerklage anerkannt. **[6]** a) Erhebt der Beklagte eine mit der Klage im rechtlichen Zusammenhang stehende Widerklage sowohl gegen den Kläger als auch gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten als Streitgenossen im Sinne der §§ 59, 60 ZPO, ist diese streitgenössische Drittwiderklage unter den Voraussetzungen der als Klageänderung behandelten Parteierweiterung zulässig (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1963 - II ZR 77/61, BGHZ 40, 185, 187 ff.; BGH, Urteil vom 12. Oktober 1995 - VII ZR 209/94, BGHZ 131, 76, 79 f.; BGH, Beschluss vom 28. Februar 1991 - I ARZ 711/90, NJW 1991, 2838). Hierdurch sollen die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden, zusammengehörige Ansprüche einheitlich verhandelt und entschieden werden (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1963 - II ZR 77/61, BGHZ 40, 185, 188). **[7]** b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Drittwiderklage hingegen grundsätzlich unzulässig, wenn sie sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtet (BGH, Urteil vom 8. Dezember 1970 - VI ZR 111/69, NJW 1971, 466 f.). …"

788. Die enge tatsächliche und rechtliche Verzahnung lässt die streitgenössische Drittwiderklage zu. OLG Frankfurt, 17.11.2022 - 11 SV 39/22 (dejure 2022,36014), Leitsatz: "§ 33 ZPO ist auf den streitgenössischen Drittwiderbeklagten entsprechend anwendbar, wenn eine enge tatsächliche und rechtliche Verzahnung des Rechtsgrunds der Klage und der streitgenössischen Drittwiderklage bestehen. In diesem Fall kann keine Gerichtsstandsbestimmung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO erfolgen."

29.11.2 Isolierte Drittwiderklage (ausschließlich gegen noch Unbeteiligte)

789. [vgl. Rn. 773. zur Streitgenossenschaft!] **Die isolierte (ausschließlich gegen Unbeteiligte gerichtete) Drittwiderklage ist grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen bestehen aber u. a. bei den Beteiligten der unerlaubten Handlung und gegen den Zedenten (der seine Ansprüche an den klagenden Zessionar abtrat).** BGH, 13.03.2007 - VI ZR 129/06 (NJW 2007, 1753), **Rn. 9+10**: "1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine ***Drittwiderklage grundsätzlich unzulässig***, wenn sie sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtet (BGHZ 40, 185, 187 f.; 147, 220, 221 f. m.w.N.). Jedoch kann in besonders gelagerten Fällen eine Ausnahme von diesem Grundsatz geboten sein. Schon in dem Urteil vom 17. Oktober 1963 (BGHZ 40, 185 ff.) hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit einer auf Schadensersatz gerichteten Widerklage gegen mehrere an einer ***arglistigen Täuschung Beteiligte***, von denen nur einer (der Verkäufer) Kläger war, bejaht. Weiterhin hat er eine isolierte Drittwiderklage gegen Gesellschafter einer klagenden Gesellschaft für zulässig gehalten, wenn das auf die Drittwiderklage ergehende Urteil für die Gesellschaft verbindlich ist und damit für die Zahlungsklage vorgreiflich sein kann (BGHZ 91, 132, 134 f.). Ferner hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit einer isoliert gegen den am Prozess ***bisher nicht beteiligten Zedenten*** (dort: Architekt) bei seinem Gerichtsstand erhobenen Drittwiderklage bejaht, wenn deren Gegenstand sich mit dem Gegenstand einer hilfsweise gegenüber der Klage des Zessionars zur Aufrechnung gestellten Forderung deckt (BGHZ 147, 220, 222 ff.). Auch in der Literatur wird die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage für besondere Sachverhaltsgestaltungen für möglich gehalten (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 33 Rn. 44; Zöller/ Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 33 Rn. 24 m.w.N.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 95 Rn. 27 ff.). **[10]** Dem ist zuzustimmen. Durch das Rechtsinstitut der Widerklage soll die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden werden; zusammengehörende Ansprüche sollen einheitlich verhandelt und entschieden werden können (BGHZ 40, 185, 188; 147, 220, 222). Dieses Ziel kann mit der Widerklage gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht Beteiligten jedenfalls dann erreicht werden, wenn die Dinge tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind (vgl. BGHZ 91, 132, 135) und keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten verletzt werden (vgl. BGHZ 40, 185, 190)."

790. Die isolierte Drittwiderklage ist auch bei einheitlichem Schadensereignis zulässig. BGH,

30.09.2010 - Xa ARZ 191/10 (BGHZ 187, 112), Rn. 7: "… Die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter anderem dann bejaht worden, wenn sie gegen den Zedenten der Klageforderung gerichtet ist und die Gegenstände der Klage und der Drittwiderklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind: Die isoliert gegen den am Prozess bislang nicht beteiligten Zedenten erhobene Drittwiderklage ist auch dann zulässig, wenn sich deren Gegenstand mit dem Gegenstand einer hilfsweise gegenüber der Klage des Zessionars zur Aufrechnung gestellten Forderung deckt (BGH, Urteil vom 5. April 2001 - VII ZR 135/00, BGHZ 147, 220, 222 ff.) oder ***wenn die abgetretene Klageforderung und die mit der Drittwiderklage geltend gemachte Forderung aus einem einheitlichen Schadensereignis resultieren*** (BGH, Urteil vom 13. März 2007 - VI ZR 129/06, NJW 2007, 1753 f.). Schließlich ist sie auch dann zulässig, wenn mit ihr ***die Feststellung begehrt wird, dass dem Zedenten keine Ansprüche*** zustehen (BGH, Urteil vom 13. Juni 2008 - V ZR 114/07, NJW 2008, 2852, 2854 f.). ***Ausschlaggebend ist demnach stets, dass die zu erörternden Gegenstände der Klage und der Drittwiderklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und durch die Einbeziehung des Drittwiderbeklagten in den Rechtsstreit dessen schutzwürdige Interessen nicht verletzt werden.***"

791. Zu dem zur Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage erforderlichen engen Sachzusammenhang gehört die sonst gegebene Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen in derselben Sach- und Rechtslage. BGH, 07.02.2013 - IX ZR 186/11 (dejure 2013,2488), **Rn. 4**: "… Es fehlt jedoch jedenfalls an dem für die Anwendung dieser Vorschriften ***erforderlichen engen Sachzusammenhang*** zwischen diesen in der Berufung erhobenen Widerklagen, welcher die ***Gefahr widersprechender Entscheidungen*** begründet. Entscheidungen können nur dann als widersprechend im Sinne von Art. 6 Nr. 1 EuGVVO oder Art. 6 Nr. 1 LugÜ II angesehen werden, ***wenn die Abweichung bei derselben Sach- und Rechtslage auftritt*** (EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 - Rs. C-539/03, Roche Nederland BV, EuZW 2006, 573 Rn. 26; vom 1. Dezember 2011 - Rs. C-145/10, Painer/Standard, EuZW 2012, 182 Rn. 79; vom 12. Juli 2012 - Rs. C-616/10, Solvay, EuZW 2012, 837 Rn. 24). ..."

792. Nur ähnliche Ziele der Widerbeklagten genügen nicht, um die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage zu begründen. BGH, 07.02.2013 - IX ZR 186/11 (dejure 2013,2488), **Rn. 4**: "… Für die Annahme einer gleichen Sachlage genügt es nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht, dass die (Dritt-)Widerbeklagten bei der Mandatierung des Beklagten ***ein ähnliches Ziel*** verfolgt haben. ..."

29.11.3 Isolierte Drittwiderklage gegen Zedenten

793. Die Widerklage gegen den an den Kläger Abtretenden (Zedenten) ist zulässig, wenn kein neuer Streitstoff eingebracht wird. BGH, 05.04.2001 - VII ZR 135/00 (BGHZ 147, 220), **Tenor + Kap. II 3., letzter Abs.**: "Eine isoliert gegen den am Prozeß bisher nicht beteiligten Zedenten (hier: Architekt) bei seinem Gerichtsstand erhobene Drittwiderklage ist zulässig, wenn deren Gegenstand sich deckt mit dem Gegenstand der hilfsweise gegenüber der Klage des Zessionars ***zur Aufrechnung gestellten Forderung***. … Die Drittwiderklage ist sachdienlich. Mit ihr wird kein neuer Streitstoff in den Prozeß eingeführt."

794. Die Gegenansprüche gegen den Drittwiderbeklagten müssen nicht zwingend vorher zur Aufrechnung gestellt worden sein. BGH, 13.03.2007 - VI ZR 129/06 (NJW 2007, 1753), **Rn. 13**: "Das Argument der Revision, die Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage scheitere hier daran, dass der Beklagte zu 1 seinen Anspruch ***nicht hilfsweise zur Aufrechnung gestellt habe, überzeugt nicht***. Damit haftet die Revision allzu eng an den Einzelheiten des Falls, den der Bundesgerichthof mit Urteil vom 5. April 2001 (BGHZ 147, 220 ff.) entschieden hat. In jenem Urteil hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass § 33 ZPO der Widerklage gegen den Zedenten jedenfalls dann nicht entgegenstehe, wenn die Widerklageforderung auf Grund einer Hilfsaufrechnung bereits Gegenstand des Prozesses sei. Damit ist - wie die Revisionserwiderung zutreffend geltend macht - indes nicht gesagt, dass eine solche Hilfsaufrechnung unverzichtbare Voraussetzung für die Zuläs-sigkeit einer solchen Widerklage sei."

795. Isolierte Drittwiderklagen finden auch gegen den bislang nicht am Verfahren beteiligten Zedenten (der seine Ansprüche an den klagenden Zessionar abtrat) am Gericht der Klage statt. BGH, 30.09.2010 - Xa ARZ 191/10 (BGHZ 187, 112), **berichtigter Ls. +Rn. 4**: "ZPO § 33 - Die Bestimmung über den besonderen Gerichtsstand der Widerklage ist auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung entsprechend anzuwenden (Abweichung von BGHZ 147, 220, 223). **[4]** … § 33 ZPO ist auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung entsprechend anzuwenden. An der abweichenden bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hält der Senat nicht fest."

796. Die Abtretung einer Forderung darf die Position des Schuldners auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht verschlechtern. OLG Köln, 14.02.1990 - 13 U 162/89 (dejure 1990,11974), **Ls. 1**: "Die Abtretung einer Forderung darf die Position des Schuldners auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht verschlechtern."

797. Dem Zessionar ist das Bestreiten der Umstände, die zur Begründung der zedierten Forderung geführt haben, mit Nichtwissen prozessual nicht gestattet. OLG Köln, 14.02.1990 - 13 U 162/89 (dejure 1990,11974), **Ls. 2**: "Dem Zessionar ist das Bestreiten der Umstände, die zur Begründung der zedierten Forderung geführt haben, mit Nichtwissen prozessual nicht gestattet."

29.12 Zugang zum Gericht + Zustellungen vom Gericht

29.12.1 Zugang zum Gericht als Justizgewähr und positiver Schutzpflicht

798. Fragen über die Gewährleistung des Zugangs zum Gericht entsprechen im Wesentlichen denen der positiven Schutzverpflichtung des Staates und müssen somit nicht isoliert erwogen werden (begründen somit in gleicher Weise Schadenersatz). **EGMR, 16.06.2005 - 61603/00** (NJW-RR 2006, 308), **Nr. 118**: "… Von daher ist es in der Tat fraglich, ob es hinreichende Schutzmechanismen gegeben hat, die garantiert hätten, dass die Beschwerdeführerin ***wirksamen Zugang zu einem Gericht*** erhielt, um die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung überprüfen zu lassen. Die in dieser Hinsicht aufgeworfenen Fragen entsprechen jedoch im Wesentlichen denen, die im Hinblick auf die positive Verpflichtung des Staates, die Beschwerdeführerin vor Eingriffen in ihre Freiheit zu schützen, aufgeworfen wurden. Unter Berücksichtigung seiner vorstehenden Feststellungen im Hinblick darauf, dass der Staat diesen positiven Verpflichtungen nach Artikel 5 Abs. 1 der Konvention (Nrn. 100 bis 108, oben) nicht nachgekommen ist, ist der Gerichtshof daher der Auffassung, dass eine eigene Frage nach Artikel 5 Abs. 4 der Konvention nicht aufgeworfen wird."

29.12.2 Antragstellung bei den Geschäftsstellen anderer Gerichte

799. Hinweise auf einschlägige Rechtsnormen:

- **Auch Urkundsbeamte können abgelehnt werden.** **§ 49 ZPO**: "Die Vorschriften dieses Titels sind auf den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle entsprechend anzuwenden; die Entscheidung ergeht durch das Gericht, bei dem er angestellt ist."
- **An einen Ort ist man nicht gebunden.** **§ 129a (1) ZPO**: "Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zulässig ist, können vor der Geschäftsstelle eines jeden Amtsgerichts zu Protokoll abgegeben werden."
- **Fertige Schriftsätze müssen und dürfen nicht stundenlang abgeschrieben oder per Diktat zu Protokoll gegeben werden. Zur Antragstellung sollte man vielmehr die gestalterische Wertschöpfung des Urkundsbeamten schätzen und nutzen und diesem dann eine geordnete Belegsammlung anreichen.** **§ 160 (5) ZPO**: "Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, die dem Protokoll als Anlage beigefügt und in ihm als solche bezeichnet ist."
- **§ 167 ZPO**: **Zur Rechtzeitigkeit des Eingangs siehe eigenes Kapitel! 29.12.3 !**
- **§ 24 (3) VwVfG**: "Die Behörde darf die Entgegennahme von Erklärungen oder Anträgen, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, nicht deshalb verweigern, weil sie die Erklärung

oder den Antrag in der Sache für unzulässig oder unbegründet hält." **- Dies muss sinngemäß auch für mündliche Anträge gelten, woraus folgt, dass der Behördenmitarbeiter eine vernünftige Rede nicht unterbrechen darf.**

800. § 129a ZPO bestimmt, dass dass Anträge und Erklärungen vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eines jeden Amtsgerichts zu Protokoll abgegeben werden können. Die vom Urkundsbeamten dann erstellte öffentliche Urkunde dient der "Vergewisserung" und erbringt den vollen Beweis dafür, dass eine bestimmte Erklärung ... abgegeben wurde. BGH, 12.03.2009 - V ZB 71/08 (NJW-RR 2009, 852), **Rn. 9-11**: "Die Einlegung eines Rechtsmittels ist nicht nur aus Beweiszwecken an eine bestimmte Form gebunden, die Form soll es dem Gericht auch ermöglichen, sich Gewissheit über die Person des Erklärenden und über den Inhalt der Erklärung zu verschaffen (vgl. GmSOGB, BGHZ 144, 160, 162), … **[10]** … Die ***Vergewisserung*** über das Gewollte ist nicht zuletzt deshalb erforderlich, weil das von dem Aufnehmenden zu fertigende Protokoll über die Erklärung ***als öffentliche Urkunde vollen Beweis dafür erbringt, dass eine bestimmte Erklärung*** von der im Protokoll bezeichneten Person ***abgegeben wurde*** (§ 415 ZPO, vgl. BGHSt 30, 64, 68). ... **[11]** ... die Vorschrift des ***§ 129a Abs. 1 ZPO***, die bestimmt, dass Anträge und Erklärungen, deren Abgabe ***vor dem Urkundsbeamten*** der Geschäftsstelle zulässig ist, vor der Geschäftsstelle eines jeden Amtsgerichts zu Protokoll abgegeben werden können. ... Gestützt wird dies durch das erklärte ***Ziel der Regelung, den Schutz von Verfahrensbeteiligten zu verbessern, die sich in weiter Entfernung von dem Gericht aufhalten***, an das sie ihre Anträge oder Erklärungen richten wollen; sie sollen die Möglichkeit haben, sich auch an ein näher gelegenes Amtsgericht zu wenden (vgl. BT/Drucks. 7/2729 S. 56). ..."

801. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle muss beurkunden und mitgestalten. OLG Hamm, 03.06.2004 - 2 Ss 188/04 (dejure 2004,12631), **Ls. 2**: "§ 345 Abs. 2 StPO ist dahin auszulegen, dass sich die Beteiligung des Urkundsbeamten nicht nur in einer formellen Beurkundung des von dem Angeklagten Vorgebrachten erschöpfen darf, sondern dass der Urkundsbeamte an der Anfertigung der Revisionsbegründung sich gestaltend beteiligen und Verantwortung für ihren Inhalt übernehmen muss. Das gilt auch für einfache Rüge der Verletzung materiellen Rechts."

802. Das bloße Schreibkrafttätigkeit ('zu Protokoll diktieren') genügt nicht. OLG Hamm, 03.06.2004 - 2 Ss 188/04 (dejure 2004,12631), **Kap. II**: "Zwar kann diese gemäß § 345 Abs. 2 StPO zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden. Diese Bestimmung ist aber dahin auszulegen, dass sich die Beteiligung des Urkundsbeamten nicht nur in einer formellen Beurkundung des von dem Angeklagten Vorgebrachten erschöpfen darf, sondern dass der ***Urkundsbeamte*** an der Anfertigung der Revisionsbegründung sich gestaltend beteiligen und ***Verantwortung für ihren Inhalt übernehmen*** muss, damit die Formvorschriften für die Begründung der Revision beachtet werden und das Rechtsmittel nicht unzulässig wird (BGH, Beschluss vom 21.06.1996 in 3 StR 88/96, BGHR StPO § 345 Abs. 2 Begründungsschrift 5). Der Urkundsbeamte ist verpflichtet, den Angeklagten über die richtige Art der Revisionsbegründung zu belehren und auf eine formgerechte Abfassung hinzuwirken. Dadurch sollen einerseits ***die Interessen des Angeklagten an einer formgerechten und zulässigen Revisionsbegründung*** gewahrt werden, andererseits aber dem Revisionsgericht ***die Prüfung grundloser oder unverständlicher Anträge erspart*** bleiben (BGH, a.a.O.). Eine Revisionsbegründung wird nach diesen Grundsätzen regelmäßig dann als unzulässig erachtet, wenn sich der Urkundsbeamte den Inhalt des Protokolls vom Angeklagten diktieren lässt, wenn er sich darauf beschränkt, einen vom Betroffenen überreichten Schriftsatz abzuschreiben oder wenn er einen Schriftsatz des Betroffenen lediglich mit der üblichen Eingangs- und Schlussformel eines Protokolls umkleidet (BHG, a.a.O.; vgl. auch Nr. 150 Abs. 3 RiStBV), da der Urkundsbeamte in diesem Falle als bloße Schreibkraft des Antragstellers tätig wird. So verhielt es sich auch im vorliegenden Fall. Die Rechtspflegerin hat in die Niederschrift ausdrücklich aufgenommen, der Angeklagte habe die Revisionsbegründung trotz ihres ausdrücklichen Hinweises auf die Unzulässigkeit diktiert. Damit hat die Urkundsbeamtin zum Ausdruck gebracht, dass sie es ablehne, für die zu Protokoll genommene Erklärung, und zwar auch für deren sachlichen Kern, einzutreten (zu vgl. KK-Kuckein, a.a.O., § 345 Rdnr. 18). Dies muss auch gelten, soweit der Angeklagte diktiert hat, er rüge die Ver-

letzung materiellen Rechts. Dadurch ist die allgemeine Sachrüge nicht in zulässiger Weise erhoben. Dem Protokoll ist nämlich zu entnehmen, dass es sich auch bei der Sachrüge nicht um eine von der Urkundsbeamtin aufgenommene und nach Prüfung niedergelegte Revisionsbegründung handelt, sondern vielmehr um eine von dem Angeklagten selbst stammende Erklärung, für die er sich lediglich der Urkundsbeamtin als Schreibhilfe bedient hat. ***Dies ergibt sich schon daraus, dass die Sachrüge sich zwischen den sonstigen vom Angeklagten diktierten Ausführungen befindet***. Entsprechend dem Zweck der Formvorschrift des § 345 Abs. 2 StPO, unzulässiges und unsachgemäßes, dem Wesen des betreffenden Rechtsmittels nicht gerecht werdendes Vorbringen zu verhindern, ist die Form der Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle aber nur gewahrt, wenn klar zum Ausdruck kommt, dass der Urkundsbeamte eine von dem Angeklagten abgegebene Revisionsbegründung geprüft, gebilligt und für sie die Verantwortung übernommen hat (vgl. Hanack in Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 345 Rdnr. 27)"

29.12.3 Zustellung und Rückwirkung - §§ 167ff ZPO, "demnächst" bei Brief nach Fax u. ä.

803. Zur Fristwahrung genügt die Schriftformerfordernis der Unterschrift und kann per Fax und sogar per Email erfüllt werden. Die Anforderungen elektronischer Dokumente (elektronische Signatur) sind dafür entbehrlich. [Anwälte sind allerdings seit 01.01.2022 nach **§ 120d ZPO** BEA-pflichtig] **BGH, 18.03.2015 - XII ZB 424/14** (NJW 2015, 1527), **Rn. 15+16**: "Wird eine im Original eigenhändig unterzeichnete Berufungsbegründung eingescannt und im Anhang einer ***Email als PDF-Datei*** nach vorheriger Rücksprache mit der Geschäftsstellenbeamtin an die Geschäftsstelle des Berufungsgerichts geschickt, genügt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Ausdruck einer auf diesem Weg übermittelten Datei der Schriftform. Denn der Ausdruck verkörpert die Berufungsbegründung in einem Schriftstück und schließt mit der Unterschrift des Prozessbevollmächtigten ab. Dass die Unterschrift nur in Kopie wiedergegeben ist, ist entsprechend § 130 Nr. 6 Alt. 2 ZPO unschädlich, weil der im Original unterzeichnete Schriftsatz elektronisch übermittelt und von der Geschäftsstelle entgegengenommen worden ist (BGH Beschluss vom 15. Juli 2008 - X ZB 8/08 - NJW 2008, 2649 Rn. 13; ebenso BAG NZA 2013, 983 Rn. 12; vgl. auch LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 16. August 2012 - L 3 R 801/11 - juris Rn. 39). **[16]** Nach diesen Maßstäben ist das Kammergericht zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die Übersendung der PDF-Datei mit der eingescannten Beschwerdeschrift ***den Anforderungen an ein elektronisches Dokument nach § 14 Abs. 2 Satz 1 FamFG i.V.m. § 130 a Abs. 1 ZPO nicht genügt, weil es an der hierfür erforderlichen qualifizierten elektronischen Signatur fehlt.***"

804. Entscheidend ist, dass ein originaler Schriftsatz unterschrieben wurde und der unterschriebene Schriftsatz eingescannt wurde und nicht eine vorher fertige Unterschrift computertechnisch in den Schriftsatz eingebaut wurde. BGH, 18.03.2015 - XII ZB 424/14 (NJW 2015, 1527), **Rn. 17**: "… ob die Mutter das Original des Beschwerdeschriftsatzes vor dem Einscannen handschriftlich unterzeichnet oder es lediglich mit ihrer eingescannten bzw. hineinkopierten Unterschrift versehen hat. Hierauf kommt es aber maßgeblich an."

805. Sinn und Zweck einer je Schriftsatz einmaligen verkörperten Unterschrift liegt darin, sicher wissen zu können, dass der Unterzeichner genau dieses Schreiben autorisiert hat. BGH, 18.03.2015 - XII ZB 424/14 (NJW 2015, 1527), **Rn. 19**: "… Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift auf dem Original eines bestimmenden Schriftsatzes stelle am wirkungsvollsten sicher, dass der Berechtigte das Schreiben autorisiert habe. Bei der eingescannten oder hineinkopierten Unterschrift sei dies nicht in gleicher Weise gegeben. Die in Dateiform gespeicherte Unterschrift könne dem Ausdruck vielmehr von jeder Person beigefügt werden, ohne dass diese Person im Nachhinein erkennbar sei (BVerfG NJW 2007, 3117, 3118)."

806. Der im Original unterschriebene Schriftsatz muss – zum Vergleich mit der voraus geschickten Fax- oder Email-Übermittlung nachgeschickt werden. Jene können nur der Fristwahrung dienen. BGH, 18.03.2015 - XII ZB 424/14 (NJW 2015, 1527), **Rn. 21**: "Für den Fall, dass die Mutter den Beschwerdeschriftsatz im Original unterschrieben und den Schriftsatz mit ihrer eigenhändig geleisteten Unterschrift insgesamt eingescannt und verschickt hat, wäre dem Unterschriftserfordernis

genüge getan. Die Mutter hätte dann die Beschwerdefrist eingehalten. Für den Fall, dass sie das Original der Beschwerdeschrift lediglich mit einer eingescannten oder hineinkopierten Unterschrift versehen hat, wäre die Beschwerde dagegen nicht wirksam eingelegt."

807. Der Weg per Email sollte allerdings vorher abgesprochen werden (damit das Gericht seinen Eingangsstempel machen kann). BGH, 18.03.2015 - XII ZB 424/14 (NJW 2015, 1527), **Rn. 15**: "Wird eine im Original eigenhändig unterzeichnete Berufungsbegründung eingescannt und im Anhang einer Email als PDF-Datei nach vorheriger Rücksprache mit der Geschäftsstellenbeamtin an die Geschäftsstelle des Berufungsgerichts geschickt, genügt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Ausdruck einer auf diesem Weg übermittelten Datei der Schriftform. ..."

808. Der Weg per Fax sollte – jedenfalls beim BVerfG. einschließlich Anlagen (!) - voraussichtlich um 23:40 Uhr fertig sein. BVerfG, 15.01.2014 - 1 BvR 1656/09 (BVerfGE 135, 126), **Tenor**: "Bei Einlegung von Verfassungsbeschwerden hat regelmäßig die erforderliche Sorgfalt erfüllt, wer einen über die zu erwartende ***Übermittlungsdauer der zu faxenden Schriftsätze samt Anlagen*** hinausgehenden Sicherheitszuschlag ***von 20 Minuten*** einkalkuliert. Dieser Sicherheitszuschlag gilt auch für die Faxübersendung nach Wochenenden oder gesetzlichen Feiertagen."

809. Es ist Gerichtsverantwortung, ausreichende Fax-Empfangskapazitäten bereit zu stellen. BVerfG, 15.01.2014 - 1 BvR 1656/09 (BVerfGE 135, 126), **Rn. 35**: "Aus der Eröffnung des Übermittlungswegs per Telefax ***erwächst dabei dem Gericht die Verantwortung, für ausreichende Empfangskapazitäten zu sorgen***. Dem wird durch eine kurze Bemessung der Sicherheitsreserve Rechnung getragen."

810. Seit dem 01.01.2022 genügt der (einfachen) Zustellung lt. 176 (1) ZPO das Einschreiben mit Rückschein. Die Freiheit der richterlichen Wahrheitswürdigung über die Frage, was mit dem Einschreiben zugestellt wurde, dürfte davon aber unbenommen sein. ArbG Düsseldorf, 05.03.2020 - 9 Ca 6557/18 (NZA-RR 2020, 409), Rn. 58+59 (openjur): "(aa) Nach dem in § 286 ZPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeiten ist eine jeden Zweifel ausschließende Gewissheit kaum je erreichbar; sie kann daher auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung des entscheidenden Richters an, der sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen muss. Die Bestimmung des § 286 Abs. 1 ZPO verlangt einen Grad an Überzeugung, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BAG 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - Rn. 24; 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 40; 25. Februar 1998 - 2 AZR 327/97 - Rn. 18; LAG Düsseldorf 10. Mai 2017 - 12 Sa 939/16 - Rn. 75; BGH 13. September 2012 - I ZR 14/11 - Rn. 13). § 286 Abs. 1 ZPO gebietet die Berücksichtigung des gesamten Streitstoffes. Zu würdigen sind auch prozessuale und vorprozessuale Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen der Parteien und ihrer Vertreter. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Richter uU. auch bestrittene Parteibehauptungen mittels Schlussfolgerungen aus anderen unbestrittenen oder festgestellten Tatsachen ohne Beweiserhebung für wahr halten kann. Der Richter kann auch allein aufgrund von Indizien, sogar trotz anderslautender Zeugenaussagen, zu einer bestimmten Überzeugung gelangen (LAG Düsseldorf 10. Mai 2017 - 12 Sa 939/16 - Rn. 75; BAG 20. August 2014 - 7 AZR 924/12 - Rn. 37; 25. Februar 1998 - 2 AZR 327/97 - Rn. 19). [59] (bb) Nach diesen Maßstäben *ist die Kammer überzeugt, dass der an der Rezeption am 07.06.2018 per Einschreiben eingegangene Brief das Auskunfts- und Informationsgesuch des Klägers vom 05.06.2018 (Anlage K1) enthielt.*"

29.12.4 Zustellungen vom Gericht

811. Auf (gelben) Briefcouverts fehlende Zustellungsvermerke erfordern den Beweis des tatsächlichen Zustellungszeitpunktes zu der Person – und nicht lediglich fingiert: zum Briefkasten. BGH, 29.07.2022 - AnwZ (Brfg) 28/20 (NJW 2022, 3081), **Ls., Rn. 28+29**: "Vermerkt der Zustel-

ler entgegen § 3 Abs. 2 VwZG, § 180 Satz 3 ZPO auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung nicht, gilt das Dokument gemäß § 8 VwZG erst in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es dem Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen ist. **[28]** … Der Gesetzgeber hat dies damit gerechtfertigt, dass beim Auftreten von Fehlern deren Beseitigung ***nicht zu Lasten einer Partei*** gehen darf, ***wenn feststeht***, dass das zuzustellende Schriftstück ***der Person*** tatsächlich zugegangen ist, an die es gerichtet war oder dem Gesetz gemäß gerichtet werden konnte (vgl. BT-Drucks. 14/4554, S. 25). Der tatsächliche Zugang entspricht dabei dem Zeitpunkt, in dem der Empfänger das Dokument in die Hand bekommt (vgl. BFH, Beschluss vom 6. Mai 2014 - GrS 2/13, juris Rn. 78). Durch dieses Erfordernis des tatsächlichen Zugangs hat der Gesetzgeber somit zugunsten des Zustellungsempfängers einen Ausgleich für die erweiterte Heilungsmöglichkeit geschaffen (vgl. BFH, aaO Rn. 69). **[29]** … ***Hätte ein fehlender Vermerk hingegen keinen Einfluss*** auf den Zeitpunkt der Zustellung ***und würde die Frist bereits mit der Einlegung in den Briefkasten beginnen, wäre der Schutz des Empfängers noch weiter herabgesetzt***. Er müsste selbst in Erfahrung bringen, wann die Einlegung in den Briefkasten und somit der Fristbeginn erfolgt ist. Dies wird nicht immer ohne größere Schwierigkeiten möglich sein. Denn zum einen werden die Gerichte und Behörden, welche die Zustellung veranlasst haben, nur zu den Geschäftszeiten erreichbar sein, zum anderen können sie nur dann Auskunft geben, wenn die Zustellungsurkunde bereits bei ihnen eingegangen ist. Dass der Gesetzgeber eine derartige Risikoverlagerung auf den Zustellungsempfänger herbeiführen wollte, ist aus der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich."

812. Eine überschrittene 1-monatige Klagefrist aus § 74 VwGO ist auch noch 2 Werktage später, als auf der Zustellungsurkunde vermerkt, gewahrt, weil sich der BGH *nicht der einen* (unter Rn. 16 dargestellten) Ansicht anschließt, nach welcher die Zustellung mit Einlegung in den Briefkasten wirksam wird, *sondern der anderen* (unter Rn. 17 dargestellten) Ansicht, nach welcher der tatsächliche Zugang zu der Person entscheidet. BGH, 29.07.2022 - AnwZ (Brfg) 28/20 (NJW 2022, 3081), **Rn. 1, 14-18**: "… Die Zustellungsurkunde weist den ***17. Februar 2016*** [Mittwoch] als Tag der Zustellung aus. Der Kläger nahm erst am ***19. Februar 2016*** [Freitag] von dem Bescheid Kenntnis, da er davor krankheitsbedingt ... **[14]** … Der Anwaltsgerichtshof ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die Klagefrist des § 112c Abs. 1 Satz 1 BRAO i.V.m. § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits abgelaufen war. … **[15]** Im vorliegenden Fall ist das Datum der Zustellung nicht auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks vermerkt worden. … **[16]** Wird das Datum entgegen § 180 Satz 3 ZPO nicht vermerkt, ist die Zustellung ***nach einer Ansicht mit dem Zeitpunkt der Einlegung in den Briefkasten wirksam*** (vgl. VGH Mannheim, VBlBW 2016, 328 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1. August 2018 2 Rb 8 Ss 387/18, juris Rn. 6 ff.; OVG Schleswig, NJW 2020, 633 Rn. 5; Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 4. März 2021 - 3 Sa 45/20, juris Rn. 71 ff.; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 180 Rn. 4; Zöller/ Schultzky, ZPO, 34. Aufl., § 180 Rn. 9; Wieczorek/Schütze/Rohe, ZPO, 4. Aufl., § 180 Rn. 11; Ronellenfitsch in BeckOK VwVfG, Stand: 1. Oktober 2019, § 3 VwZG Rn. 42; Smollich in Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl., § 3 VwZG Rn.15). **[17]** ***Nach anderer Ansicht*** handelt es sich bei § 180 Satz 3 ZPO um eine ***zwingende Zustellungsvorschrift***, so dass bei einem Verstoß hiergegen das Schriftstück gemäß § 189 ZPO und § 8 VwZG ***erst im Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs*** als zugestellt gilt (vgl. BFH, Großer Senat, NJW 2014, 2524 Rn. 63 ff. mwN; BFH, DStR 2015, 2824 Rn. 17 ff.; BFH, Beschluss vom 15. Mai 2020 - IX B 119/19, juris Rn. 3 mwN; Schwarz in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Stand: November 2021, § 3 VwZG Rn. 94a; Gräber/Stapperfend, FGO, 9. Aufl., § 53 Rn. 97; Czybulka/Kluckert in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl., § 56 Rn. 81; Schenk in Schoch/Schneider, VwGO, Stand: Januar 2020, § 56 Rn. 74; Lampe in KK-OWiG, 5. Aufl., § 51 Rn. 35; Preisner in BeckOK OWiG, Stand: 1. April 2022, § 3 VwZG Rn. 27). **[18]** 2. ***Der Senat folgt der letztgenannten Auffassung***."

813. Das fehlende Zustellungsdatum auf dem Couvert hindert allerdings nicht den Beginn von Prozesszinsen. BFH, 07.02.2013 - VIII R 2/09 (BFHE 241, 107), **Rn. 71**: "Zwar ordnet § 167 ZPO regelmäßig die Rückwirkung der Zustellung an, wenn durch sie eine Frist gewahrt, die Verjährung neu beginnen oder gehemmt werden soll. Ob die Vorschrift auch bei Heilung einer zunächst fehler-

haften Zustellung Anwendung findet, bedarf hier keiner Entscheidung. Zumindest für die Entstehung von Prozesszinsen kommt es aber auf den Zeitpunkt der Zustellung an. "

29.12.5 Zustellung zum Arbeitgeber

814. Für eine ladungsfähige Anschrift genügt die ernsthafte Möglichkeit der ordnungsgemäßen (persönlichen) Zustellung, die bei Arzthaftungsprozessen häufig als Klinikadresse in Anspruch genommen wird. Zwar trägt der Kläger das Risiko des Scheiterns der Zustellung, nicht aber das der damit bewirkten Verzögerung. Im Falle des Scheiterns ist der Kläger zur Angabe einer neuen Zustelladresse aufzufordern. Vom Kläger unverschuldete Verzögerungen unterfallen dem 'demnächst'. BGH, 31.10.2000 - VI ZR 198/99 (BGHZ 145, 358), **Kap. II 3. b) aa), c) + d)**: "aa) ***Zwar muß gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Klageschrift unter anderem die Bezeichnung der Parteien aufweisen.*** Damit ist indessen zunächst lediglich vorgeschrieben, daß, aber nicht wie die Parteien zu bezeichnen sind (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 1977 - VII ZR 167/76 - NJW 1977, 1686); erforderlich ist eine Kenntlichmachung der Parteien, die so bestimmt ist, daß über ihre Identität kein Zweifel bestehen kann. Hinsichtlich der mitzuteilenden Anschrift der Parteien ist § 253 Abs. 2 ZPO selbst kein zwingendes Erfordernis zu entnehmen; die durch § 253 Abs. 4 ZPO in Bezug genommene Norm des ***§ 130 Nr. 1 ZPO stellt lediglich eine "Soll-Vorschrift" dar*** (vgl. hierzu BGHZ 102, 332, 334). **[bb)]** Allerdings ist in der Klage auch die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Beklagten notwendig, und zwar schon deshalb, weil sonst die Zustellung der Klageschrift und damit die Begründung eines Prozeßrechtsverhältnisses nicht möglich wäre (BGHZ 102, 332, 335). Dieses Erfordernis begründet jedoch keine Verpflichtung des Klägers, zwingend die Wohnanschrift des Beklagten anzugeben, unter der gegebenenfalls eine Ersatzzustellung nach §§ 181, 182 ZPO möglich wäre. Vielmehr kann vom Kläger lediglich die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Beklagten verlangt werden, bei der auf der Grundlage der Vorschriften der §§ 180 ff. ZPO ***die ernsthafte Möglichkeit besteht***, daß dort eine ordnungsgemäße Zustellung vorgenommen werden kann. ***Unter einer ladungsfähigen Anschrift in diesem Sinne ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht nur eine solche zu verstehen, unter der auch eine Ersatzzustellung in Betracht kommt.*** … **[c]** c) Bei dieser Sachlage wäre das Landgericht gehalten gewesen, zunächst eine Zustellung auf der Grundlage des § 180 ZPO an der angegebenen Anschrift im Städtischen Krankenhaus M. in die Wege zu leiten. ***Dies gilt umso mehr, als beklagte Krankenhausärzte in Arzthaftungsprozessen erfahrungsgemäß vielfach mit ihrer Klinikanschrift bezeichnet werden***, ohne daß ersichtlich wäre, daß dies - etwa im Rahmen von Zustellungen - zu relevanten Schwierigkeiten geführt hätte. Dabei ist auch zu bedenken, daß die Ermittlung einer zutreffenden Wohnanschrift der beteiligten Krankenhausärzte für den Patienten oft nicht unproblematisch ist; im vorliegenden Fall wurde zudem die gesamte außergerichtliche Korrespondenz zwischen dem Klägervertreter und den Beklagten zu 1) und zu 2) ausschließlich über die Anschrift des Krankenhauses geführt. Der Verpflichtung des Landgerichts, zunächst eine Zustellung an der angegebenen Klinikadresse zu veranlassen, steht nicht entgegen, daß der Erfolg eines derartigen Zustellungsversuches nicht garantiert war und eine Ersatzzustellung in der Klinik ausschied. ***Das Risiko eines Scheiterns der Zustellung unter der von ihm angegebenen Adresse trägt in derartigen Fällen der Kläger.*** Erst wenn ein solcher Mißerfolg eingetreten wäre, ***wäre es Sache des Landgerichts gewesen, den Kläger aufzufordern, eine neue ladungsfähige Anschrift der Beklagten zu benennen***, an der gegebenenfalls eine Ersatzzustellung möglich ist. **[d)]** d) Die Zustellungsverzögerungen, wie sie hier konkret eingetreten sind, beruhen auf der verfahrensrechtlich zu diesem Zeitpunkt nicht angebrachten Aufforderung des Vorsitzenden der Zivilkammer an den Kläger vom 31. Juli 1997, "eine zustellungsfähige Adresse mitzuteilen". Wäre hingegen vom Landgericht pflichtgemäß ein Zustellungsversuch auf der Grundlage der vorliegenden Klinikanschrift unternommen worden und hätte dieser - wovon mangels anderweitiger Feststellungen auszugehen ist - voraussichtlich Erfolg gehabt, so wäre es auf die Problematik der Beschaffung der Wohnanschrift der Beklagten zu 1) und zu 2) nicht mehr angekommen. ***Das Berufungsgericht durfte daher unter den gegebenen Umständen die Zustellungen nicht als nicht "demnächst" erfolgt im Sinne des § 270 Abs. 3 ZPO [a.F., jetzt §***

167 ZPO] ansehen und auf dieser Grundlage eine wirksame Verjährungsunterbrechung verneinen."

29.13 Zugang zum Schuldner

815. Hat der Schuldner eine Auskunftssperre, so kann der Gerichtsvollzieher diese zur Vollstreckung durch Melderegisterauskunft überwinden, die Adresse aber dem Gläubiger nicht mitteilen. BGH, 10.10.2018 - VII ZB 12/15 (NJW-RR 2018, 1535), **Ls.** : "Der Gerichtsvollzieher ist nicht befugt, bei Eintragung einer Auskunftssperre im Melderegister die Anschrift des Schuldners an den Gläubiger weiterzugeben. Er darf die ihm von der Meldebehörde mitgeteilte Anschrift des Schuldners zur Erle-digung der beauftragten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen jedoch solange und soweit verwenden, als dem die Auskunftssperre nicht entgegensteht und er die schutzwürdigen Interessen des Schuldners an der Geheimhaltung seiner Anschrift durch geeignete Maßnahmen wahren kann."

816. Der Gerichtsvollzieher hat nicht zu prüfen, ob die Auskunftssperre auch gegen den konkret vorliegenden Gläubiger rechtens ist, sondern der Gläubiger hat dies gegenüber der Meldebehörde anzustrengen, welche den Schuldner dazu anhören muss, ob eine Gefahr für Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder ähnliches ausgeschlossen werden kann. BGH, 10.10.2018 - VII ZB 12/15 (NJW-RR 2018, 1535), **Rn. 13**: "… Es ist nicht Aufgabe des Gerichtsvollziehers, nach Anhörung des Schuldners eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen und selbst zu entscheiden, ob im konkreten Fall ausgeschlossen werden kann, dass das aufgrund der Auskunftssperre grundsätzlich anzunehmende schutzwürdige Interesse des Schuldners an der Geheimhaltung seiner Anschrift ausnahmsweise im Verhältnis zum Gläubiger nicht beeinträchtigt ist. Es obliegt vielmehr dem Gläubiger, im Bedarfsfall eine Melderegisterauskunft bei der insoweit sachnäheren Meldebehörde zu beantragen (vgl. AG Marbach, DGVZ 2014, 70, juris Rn. 9), die dann den Schuldner anzuhören hat, um gemäß § 51 Abs. 1, Abs. 2 BMG zu entscheiden, ***ob eine Gefahr für Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder ähnliche schutzwürdige Interessen*** ausgeschlossen und eine Melderegisterauskunft ausnahmsweise erteilt werden kann."

817. Für eine Ausnahme zur Auskunftssperre bedarf es konkreter Anhaltspunkte. OVG NRW, 25.08.2021 - 19 A 4062/19 (dejure 2021,35705), **Ls. 1**: "Eine Melderegisterauskunft bei eingetragener Auskunftssperre nach § 51 Abs. 2 Satz 1 BMG setzt voraus, dass konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die der Auskunftssperre zugrundeliegende Gefahr nicht realisieren wird."

Über den Autor:

Joachim Baum (selbstständiger Elektro-Ingenieur, justizkritischer Bürger- und Menschenrechtler)
Windelsbleicher Str. 10
33647 Bielefeld
info(at)stiftung-richtertest.de