

Ein Rechtsanwalt, der sich im Verfassungsbeschwerdeverfahren selbst vertritt, ist hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen, die an die Wahrung einzuhaltender Fristen gestellt werden, nicht wie ein Beteiligter, sondern wie ein Rechtsanwalt zu behandeln.

Wer als Rechtsanwalt im Verfassungsbeschwerdeverfahren mit plötzlich akuten Krankheitszuständen rechnen muss, ist verpflichtet, die nach den Umständen gebotenen Vorkehrungen dafür zu treffen, dass im Falle seiner Erkrankung ein Vertreter die Fertigstellung der Verfassungsbeschwerde übernimmt.

§ 55 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Sätze 1 und 2 VerfGHG

VerfGH NRW, Beschluss vom 7.12.2021 – VerfGH 65/21.VB-2  
OLG Hamm, zweites Versäumnisurteil vom 5.2.2021 – I-33 U 48/19  
OLG Hamm, Beschluss vom 5.2.2021 – I-33 U 48/19

## **Gründe:**

### **I.**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft ein in der Berufungsinstanz vor dem OLG ergangenes zweites Versäumnisurteil und die vorausgegangene erfolglose Ablehnung zweier daran beteiligter Richter des Gerichts als befangen.

1. Die Beschwerdeführerin, eine sich auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren selbst vertretende Rechtsanwältin, führte in eigener Sache zunächst vor dem LG Essen und sodann vor dem OLG Hamm einen Regressprozess gegen zwei Rechtsanwältinnen, die sie in ihrem Scheidungsverfahren vertreten hatten. Das LG wies die Klage mit Urteil vom 25.9.2019 ab. In dem von der Beschwerdeführerin hiergegen vor dem OLG angestrebten Berufungsverfahren erging am 30.10.2020 gegen sie ein erstes Versäumnisurteil. Die Beschwerdeführerin legte dagegen Einspruch ein. Das OLG bestimmte einen Termin zur mündlichen Verhandlung über

den Einspruch und die Hauptsache zunächst auf den 18.12.2020 und schließlich auf den 5.2.2021 um 13:00 Uhr.

Mit Schriftsatz vom 4.2.2021 beantragte die Beschwerdeführerin beim OLG die Aufhebung des Termins vom Folgetag, weil ihre Anreise mit öffentlichen Verkehrsmitteln wegen des Infektionsrisikos infolge der Coronavirus-Pandemie und wegen eines Migräneanfalls nicht möglich sei. Auch eine Anreise mit dem eigenen Pkw sei wegen der Erschöpfung nach dem Migräneanfall ausgeschlossen. Der Senatsvorsitzende teilte der Beschwerdeführerin noch am selben Tag mit, dass ihrem Aufhebungsantrag nicht entsprochen werden könne. Ihr aktueller Migräneanfall sei ausweislich einer von ihr vorgelegten ärztlichen Bescheinigung vorhersehbar und sie daher nach § 53 BRAO verpflichtet gewesen, für derartige Fälle eine Vertretung zu organisieren.

Im Anschluss hieran lehnte die Beschwerdeführerin den Vorsitzenden Richter sowie eine weitere Richterin des Senats, die an der Entscheidung als Berichterstatterin mitgewirkt hatte, noch am 4.2.2021 mit einem neunseitigen Schriftsatz wegen der Besorgnis der Befangenheit ab. Der Senat verwarf das Ablehnungsgesuch mit Beschluss vom 5.2.2021 unter Beteiligung der abgelehnten Richter als offensichtlich unzulässig. Er begründete seine Entscheidung unter anderem damit, dass die Beschwerdeführerin mit dem kurzfristig vor dem Termin eingereichten Ablehnungsgesuch versuche, den Rechtsstreit in rechtsmissbräuchlicher Weise zu verschleppen. Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss ließ der Senat nicht zu. In dem im Anschluss daran am selben Tag durchgeführten Termin zur mündlichen Verhandlung erließ er gegen die Beschwerdeführerin ein zweites Versäumnisurteil. Der Beschluss über das Ablehnungsgesuch ist der Beschwerdeführerin am 26.2.2021 zugestellt worden, das zweite Versäumnisurteil nach dem Inhalt einer von der Beschwerdeführerin in Ablichtung vorgelegten Revisionschrift am 1.3.2021.

2. Die Beschwerdeführerin hat mit Schriftsatz vom 12.4.2021, der am selben Tag beim VerFGH eingegangen ist, Verfassungsbeschwerde erhoben und zugleich einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Monatsfrist zur Erhebung und Begründung der Verfassungsbeschwerde gestellt.

a) Sie sieht sich durch den Beschluss des OLG über ihr Ablehnungsgesuch und das zweite Versäumnisurteil in ihren Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Der Beschluss über ihr Ablehnungsgesuch verletze sie in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, weil über das Gesuch unter unzulässiger Mitwirkung der abgelehnten Richter entschieden worden sei. Durch den Erlass des zweiten Versäumnisurteils im Anschluss an die Ablehnungsentscheidung sei gegen das Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verstoßen worden. Der Ablehnungsbeschluss und das zweite Versäumnisurteil verstießen wegen der vom OLG gewählten Begründung beziehungsweise Verfahrensweise zudem gegen das Willkürverbot aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG und das Grundrecht auf ein faires Verfahren aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG. Die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde im Beschluss über das Ablehnungsgesuch verletze sie außerdem in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG.

b) Die Beschwerdeführerin meint, ihr sei gemäß § 55 Abs. 2 VerFGHG Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Erhebung und Begründung der Verfassungsbeschwerde zu gewähren. Sie sei ohne Verschulden daran gehindert gewesen, die Verfassungsbeschwerdefrist einzuhalten. Ausweislich der ihrem Verfassungsbeschwerdeschriftsatz beigefügten ärztlichen Bescheinigungen sei sie bis auf Weiteres arbeitsunfähig erkrankt und zudem weitgehend verhandlungs- und reiseunfähig. Sie leide seit Jahren unter schweren Migräneanfällen, die bis zu einer Woche andauern könnten, unvorhersehbar seien und ihre Arbeitsfähigkeit auf Null herabsetzten. Die Anfälle träten mehrfach im Monat auf und würden von weiteren chro-

nischen Erkrankungen begleitet. Während eines Migräneanfalls könne sie keinen Vertreter bestellen und diesen auch nicht inhaltlich in das Verfahren einweisen. Am 25.3.2021 habe sie einen ungewohnt schweren Anfall erlitten, der Bettlägerigkeit zur Folge gehabt habe und erst am 29.3.2021 langsam abgeklungen sei, so dass das Hindernis für die noch zu fertigende Begründung der Verfassungsbeschwerde erst ab dem 30.3.2021 weggefallen sei.

## II.

1. Die Verfassungsbeschwerde wird gemäß § 58 Abs. 2 Satz 1, § 59 Abs. 2 Satz 1 VerfGHG durch die Kammer zurückgewiesen, weil sie unzulässig ist.

a) Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG über das Befangenheitsgesuch der Beschwerdeführerin richtet, ist bereits die Verfassungsbeschwerdefrist nicht eingehalten.

aa) Der Zulässigkeit steht allerdings – unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde – nicht schon entgegen, dass es sich bei dem angegriffenen Beschluss über das Ablehnungsgesuch um eine Zwischenentscheidung handelt. Verfassungsbeschwerden gegen Zwischenentscheidungen sind dann nicht ausgeschlossen, wenn sie zu einem bleibenden rechtlichen Nachteil für den Betroffenen führen, der später nicht oder nicht vollständig behoben werden kann (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 12.11.2019 – VerfGH 50/19.VB-3, juris, Rn. 4, vom 15.12.2020 – VerfGH 149/20.VB-2, juris, Rn. 9, und vom 23.2.2021 – VerfGH 20/20.VB-1, juris, Rn. 9). So verhält es sich hier. Bei der verfahrensgegenständlichen Zurückweisung der Ablehnung zweier Richter am OLG als befangen, gegen die die Rechtsbeschwerde nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht zugelassen worden ist, handelt es sich – nach derzeitigem Stand – um eine nach den einschlägigen Vorschriften der Zivilprozessordnung für das weitere Verfahren bindende Entscheidung (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 12.1.2009 – 1 BvR 3113/08, BVerfGK 15, 18 = juris, Rn. 15). So kann in dem – von der Beschwerdeführerin

nach ihrem Vorbringen auch eingeleiteten – Revisionsverfahren gegen das dem angegriffenen Beschluss nachfolgende zweite Versäumnisurteil nicht geltend gemacht werden, das erkennende Gericht sei bei Erlass des zweiten Versäumnisurteils nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, weil es das Ablehnungsgesuch zu Unrecht als unzulässig verworfen habe (vgl. BGH, Beschluss vom 7.12.2017 – IX ZR 81/17, WM 2018, 445 = juris, Rn. 5 ff., und Urteil vom 5.7.2018 – IX ZR 264/17, NJW 2018, 3252 = juris, Rn. 16 ff.). Ein zweites Versäumnisurteil unterliegt der Revision ohne Zulassung und ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstands nach § 565 Satz 1, § 514 Abs. 2 Satz 1 ZPO nur insoweit, als sie darauf gestützt wird, dass ein Fall der schuldhaften Versäumung nicht vorgelegen habe (BGH, Beschluss vom 26.11.2015 – VI ZR 488/14, BGHZ 208, 75 = juris, Rn. 5). Selbst in Fällen, in denen die Revisionsprüfung nicht solchermaßen eingeschränkt ist, ist derzeit von einer für das weitere Verfahren bindenden Entscheidung auszugehen. Nach dem bislang vorherrschenden Verständnis des § 557 Abs. 2 ZPO scheidet eine Inzidentprüfung der oberlandesgerichtlichen Entscheidung über das Ablehnungsgesuch durch das Revisionsgericht im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die von den erfolglos abgelehnten Richtern getroffene Entscheidung in der Hauptsache aus. Das gilt selbst dann, wenn eine Rechtsbeschwerde gegen den die Ablehnung betreffenden Verwerfungsbeschluss mangels Zulassung nicht möglich war (BGH, Beschluss vom 30.11.2006 – III ZR 93/06, MDR 2007, 599 = juris, Rn. 4, und Urteil vom 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, MDR 2020, 823 = juris, Rn. 20 f.). Soweit der BGH in jüngeren Entscheidungen die Frage aufgeworfen hat, ob von der in § 557 Abs. 2 ZPO angeordneten Bindungswirkung in den Fällen eine Ausnahme zu machen sein könnte, in denen unter Mitwirkung der abgelehnten Richter eine so fehlerhafte Behandlung des Ablehnungsantrags stattgefunden hat, dass damit das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt ist (siehe BGH, Urteile vom 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, MDR 2020, 823 = juris, Rn. 22, und vom 27.5.2020 – VIII ZR 129/19, DB 2020, 1564 = juris, Rn. 23; die Zulässigkeit einer entsprechenden Verfahrensrüge befürwortend Toussaint, in: FS Vorwerk, 2019, S. 351, 361), hat er sie offen gelassen. Angesichts der daraus folgenden Unsicherheit über die weitere Rechtsprechungs-

entwicklung kann die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen die Ablehnungsentscheidung nicht mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Revision gegen die Hauptsacheentscheidung verneint werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.11.2018 – 1 BvR 436/17, NJW 2019, 505 = juris, Rn. 11 ff.).

**bb)** Die Beschwerdeführerin hat jedoch, wovon sie auch selbst ausgeht, hinsichtlich des angegriffenen Beschlusses vom 5.2.2021 die Verfassungsbeschwerdefrist des § 55 Abs. 1 Satz 1 VerfGHG nicht gewahrt. Die Monatsfrist begann gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 VerfGHG mit der Zustellung der angegriffenen Entscheidung zu laufen. Der Beschluss über den Ablehnungsantrag ist der Beschwerdeführerin am 26.2.2021 zugestellt worden. Die einmonatige Frist zur Erhebung und Begründung der Verfassungsbeschwerde nach § 55 Abs. 1 Satz 1 VerfGHG endete damit gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Satz 1 VerfGHG, § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2, § 187 Abs. 1 BGB am 26.3.2021. Die Verfassungsbeschwerde ist indes erst am 12.4.2021 beim VerfGH eingegangen.

**cc)** Auf ihren Antrag ist der Beschwerdeführerin keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 VerfGHG zu gewähren. Sie hat nicht gemäß § 55 Abs. 2 Satz 3 VerfGHG glaubhaft gemacht, dass ein Fall unverschuldeter Fristversäumung im Sinne von § 55 Abs. 2 Satz 1 VerfGHG vorgelegen hat.

**(1)** Es fehlt bereits an der gemäß § 55 Abs. 2 Satz 3 VerfGHG erforderlichen Glaubhaftmachung der Tatsachen. Teil der Begründung des Antrags ist auch die Glaubhaftmachung der dargelegten Tatsachen. Dabei steht dem Antragsteller insbesondere die eidesstattliche Versicherung (§ 294 ZPO) zur Verfügung (vgl. statt aller B. Grünwald, in: BeckOK BVerfGG, Stand Juli 2021, § 93 Rn. 67). Die Beschwerdeführerin hat jedoch ihre Behauptung, sie habe vom 25.3.2021 bis zum 29.3.2021 einen ungewöhnlich schweren Migräneanfall erlitten, der sie daran gehindert hätte, die Verfassungsbeschwerde fristgerecht zu erheben oder zu begründen, nicht glaubhaft gemacht, weder durch eine eidesstattliche Versicherung noch durch eine anwaltliche Versicherung. Davon abzusehen, besteht kein Anlass.

Denn die vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen belegen für sich gesehen schon deswegen nicht die vorgenannte Behauptung der Beschwerdeführerin, weil sie sich nicht zu dem von ihr bezeichneten konkreten Zeitraum vom 25.3.2021 bis zum 29.3.2021 verhalten.

**(2)** Darüber hinaus haben die von der Beschwerdeführerin mit der Verfassungsbeschwerde vorgelegten Ablichtungen zweier ärztlicher Bescheinigungen keinen ausreichenden Glaubhaftmachungswert, um das Vorliegen des behaupteten Wiedereinsetzungsgrunds einer plötzlichen Erkrankung überwiegend wahrscheinlich erscheinen zu lassen. Die amtsärztliche Bescheinigung vom 13.10.2020 beschreibt nur, dass die Beschwerdeführerin langjährig unter Migräne leidet und wie sich diese im Allgemeinen und im Falle der Beschwerdeführerin äußert. Zu einem von der Beschwerdeführerin am 25.3.2021 erlittenen Migräneanfall verhält sie sich nicht, insbesondere bescheinigt sie ohne zeitliche Konkretisierung, die Beschwerdeführerin sei „oft nicht in der Lage, an Verhandlungen teilzunehmen oder Schriftsatzfristen einzuhalten“. Das gilt auch für die in Kopie vorgelegte Bescheinigung eines Facharzts für Allgemeinmedizin vom 25.3.2021. Diese mit „Ärztliche Folgebescheinigung zur Vorlage beim Gericht“ überschriebene Bescheinigung ist ebenfalls überwiegend allgemein gehalten und attestiert der Beschwerdeführerin eine Arbeitsunfähigkeit bis Ende Mai 2021 wegen „zurzeit“ sehr häufig auftretender mehrtägiger Migräne- und Kopfschmerzattacken. Sie enthält keinen Hinweis darauf, dass die Beschwerdeführerin am Ausstellungstag den von ihr mit dem Wiedereinsetzungsantrag geltend gemachten ungewohnt schweren Migräneanfall erlitten hat. Das ist überraschend. Es hätte nahe gelegen, dass sich die Beschwerdeführerin dieses Ereignis mit Blick auf die ablaufende Verfassungsbeschwerdefrist bescheinigen lässt, anstatt lediglich eine Folgebescheinigung abzufordern.

Zwar könnte ein mehrtägiger, schwerer Migräneanfall geeignet sein, in verfahrensrelevanter Form Einfluss auf die Entschluss-, Urteils- und Handlungsfähigkeit eines Beschwerdeführers zu nehmen. Zur Glaubhaftmachung dieser für eine Fristversäumung konkret ursächlich gewordenen Erkrankung genügt jedoch nicht eine all-

gemein gehaltene ärztliche Bescheinigung wie die von der Beschwerdeführerin in Ablichtung vorgelegte vom 25.3.2021. Diese lässt keinen hinreichend sicheren Rückschluss darauf zu, dass die Beschwerdeführerin gerade im hier maßgeblichen Zeitraum in einer Schwere erkrankt ist, die ihr die Fertigstellung der Verfassungsbeschwerde unmöglich machte. Solches lässt sich insbesondere nicht schon allein aus der attestierten Arbeitsunfähigkeit ableiten (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 3.9.2020 – 1 BvR 1786/20, juris, Rn. 2), weil diese in tatsächlicher Hinsicht nicht ausreichend konkretisiert worden ist. Das gilt umso mehr, als das Geschehen vom 4.2.2021 dafür spricht, dass die Beschwerdeführerin auch im Falle eines Migräneanfalls nicht stets gehindert ist, noch mehrseitige Schriftsätze zu verfassen.

**(3)** Selbst wenn die Beschwerdeführerin einen am 25.3.2021 erlittenen, ungewohnt schweren Migräneanfall aber glaubhaft gemacht hätte, folgte daraus kein Fall unverschuldeter Fristversäumung. Ein Rechtsanwalt, der sich – wie hier die Beschwerdeführerin – im Verfassungsbeschwerdeverfahren selbst vertritt, ist hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen, die an die Wahrung einzuhaltender Fristen gestellt werden, nicht wie ein Beteiligter, sondern wie ein Rechtsanwalt zu behandeln (vgl. auch BGH, Beschluss vom 21.8.2019 – XII ZB 93/19, MDR 2019, 1270 = juris, Rn. 8 m. w. N.). Wenn er mit wiederkehrenden, plötzlich akuten Krankheitszuständen rechnen muss, ist er verpflichtet, die nach den Umständen gebotenen Vorkehrungen dafür zu treffen, dass im Falle seiner Erkrankung ein Vertreter die Fertigstellung der Verfassungsbeschwerde übernimmt (vgl. BGH, Beschluss vom 29.10.2015 – IX ZB 12/14, NJW-RR 2016, 574 = juris, Rn. 7 m. w. N.). Dies hat er nötigenfalls durch die Anweisung an seine Kanzlei sicherzustellen, den für solche Fälle vorgesehenen Vertretungsanwalt zu informieren (vgl. BFH, Beschlüsse vom 9.4.2018 – X R 9/18, HFR 2018, 816 = juris, Rn. 16, und vom 21.7.2021 – X B 126/20, BB 2021, 2149 = juris, Rn. 13). Das gilt auch für einen Einzelanwalt (vgl. BFH, Beschluss vom 9.4.2018 – X R 9/18, HFR 2018, 816 = juris, Rn. 16). Diesen Anforderungen hat die Beschwerdeführerin nicht genügt. Nach ihrem eigenen Vorbringen musste sie mit schweren Migräneanfällen jederzeit rechnen, hat sich aber

um einen Vertretungsanwalt für die Dauer der Verfassungsbeschwerdefrist gleichwohl nicht bemüht.

**dd)** Weil die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss bereits unzulässig ist, besteht kein Anlass zu erwägen, ob wegen eines zu Unrecht als unzulässig verworfenen Ablehnungsgesuchs und eines daraus folgenden Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch das zweite Versäumnisurteil als die unmittelbar nachfolgende Entscheidung in der Hauptsache aufzuheben ist (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 5.5.2021 – 1 BvR 526/19, NJW-RR 2021, 1436 = juris, Rn. 30).

**b)** Soweit sich die Verfassungsbeschwerde mit eigenständigen Rügen gesondert gegen das zweite Versäumnisurteil richtet, ist die Verfassungsbeschwerdefrist des § 55 Abs. 1 Satz 1 VerfGHG ebenfalls nicht gewahrt. Zwar ist der Beschwerdeführerin das zweite Versäumnisurteil erst am 1.3.2021 zugestellt worden. Die am 12.4.2021 erhobene Verfassungsbeschwerde wahrt die an diese Zustellung anknüpfende Monatsfrist jedoch offenkundig nicht. Eine Wiedereinsetzung in die versäumte Frist kommt aus den bereits dargelegten Gründen nicht in Betracht. Danach kommt es auf die weiteren mit der Verfassungsbeschwerde gegen das zweite Versäumnisurteil aufgeworfenen Zulässigkeitsfragen nicht mehr an.

**2.** Von einer weiteren Begründung der Zurückweisung wird gemäß § 58 Abs. 2 Satz 4 VerfGHG abgesehen.