

Das Versäumnisverfahren im Zivilprozess – Teil 1

Von Diplom-Jurist **Jost Behrens**, Hannover*

Die Bedeutung des Zivilprozessrechts für die Erste Juristische Prüfung ist nicht zu unterschätzen. Prüfungswissen zu Problemen des prozessualen Rechts können sowohl abstrakt im Rahmen einer Zusatzfrage nach dem vom Prüfling zu erstellenden Gutachten oder im mündlichen Examen abgefragt als auch in eine materiell-rechtliche Klausur eingebettet werden. Für letzteres eignet sich das Versäumnisverfahren besonders gut, da der Erlass eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten von der Schlüssigkeit des klägerischen Vorbringens abhängt, so dass vom Bearbeiter regelmäßig zu prüfen ist, ob der Vortrag des Klägers materiell-rechtlich begründet ist. Der vorliegende Beitrag stellt die Grundzüge des Versäumnisverfahrens nach §§ 330 ff. ZPO dar. In seinem ersten Teil werden die Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils behandelt; der zweite Teil (erscheint in einer der folgenden Ausgaben der ZJS) befasst sich mit dem Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und das sogenannte zweite Versäumnisurteil.

I. Einleitung

Mit Ausnahme des persönlichen Erscheinens nach § 141 Abs. 3 ZPO steht es den Parteien frei, am Verfahren mitzuwirken. Die Verfahrensordnung sieht vor, auch in ihrer Abwesenheit Verfahren durchzuführen.¹ Bleiben *beide* Parteien dem Verfahren fern, regelt § 251a ZPO welche Möglichkeiten dem Gericht zustehen, um das Verfahren abzuschließen. Als Versäumnisverfahren wird hingegen das in Abwesenheit *einer* Prozesspartei geführte Verfahren bezeichnet.² Welche Auswirkungen das Fehlen einer Partei hat und unter welchen Voraussetzungen ein Versäumnisurteil gegen sie ergehen kann, regeln die §§ 330 ff. ZPO. Die Entscheidung der Partei, nicht am Verfahren mitzuwirken, liegt in ihrem eigenen Interesse und ist Ausdruck des Verhandlungsgrundsatzes.³ Wirkt sie nicht an dem Verfahren mit, drückt sie damit ihr Desinteresse an einer Rechtsverfolgung respektive einer Rechtsverteidigung aus. Das Versäumnisverfahren dient dazu, auch ohne Zutun der desinteressierten Partei eine verfahrensbeendende Entscheidung des Gerichts zu ermöglichen, damit das Verfahren durch die unterlassene Mitwirkung nicht blockiert wird.⁴ Auf diese Weise wird also sichergestellt, dass das

Verfahren auch fortgesetzt und beendet werden kann, wenn eine Partei nicht aktiv an diesem teilnehmen möchte.⁵

Das Versäumnisurteil ist ein echtes Sach-⁶ und Endurteil⁷, das formelle und materielle Rechtskraft entfaltet.⁸ Zu einem Verstoß gegen den Anspruch der Parteien auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG führt das Versäumnisverfahren nicht, da die betreffende Partei zum einen ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem Verfahren zu äußern und zum anderen ihr mit dem Rechtsbehelf des Einspruchs die Möglichkeit zusteht, ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nachträglich einzufordern.⁹

II. Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils auf Grund mündlicher Verhandlung

Kurzüberblick über die Voraussetzungen

1. Terminbestimmung zur mündlichen Verhandlung
2. Säumnis
3. Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils
4. Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen
5. Kein Unzulässigkeits- oder Vertagungsgründe
6. Schlüssigkeit der Klage (nur bei Säumnis des Beklagten)

1. Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung

Der Termin, in dem die Partei säumig ist, muss zu einer obligatorischen mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht bestimmt worden sein.¹⁰ Der Termin muss ordnungsgemäß anberaumt worden sein, d.h. entweder verkündet, § 218 ZPO, oder der säumigen Partei rechtzeitig bekannt gemacht oder diese zu dem Termin geladen sein.¹¹ Gleichgültig ist, ob die Partei bereits im ersten oder in einem späteren Termin säumig ist, § 332 ZPO.¹² Ein reiner Gütetermin nach § 278 Abs. 1 ZPO ist keine notwendige mündliche Verhandlung und somit kein säumnisfähiger Termin, da er gerade vor dieser statt-

* Der Autor ist derzeit Rechtsreferendar am OLG Celle.

¹ Vgl. *Lüke/Arens*, Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 371.

² Während Versäumnisurteile gegen den Kläger sehr selten sind, machten im Jahr 2015 an den Amtsgerichten 19,5 % und an den Landgerichten 10,6 % der Fälle Versäumnisurteile gegen den Beklagten aus, dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 106 Rn. 28, 33.

³ Zum Verhandlungsgrundsatz *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 13. Aufl. 2016, Rn. 208 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 2), § 77.

⁴ *Toussaint*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 29. Ed., Stand: 1.7.2018, § 330 Rn. 1.

⁵ *Adolphsen*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2016, § 17 Vor Rn. 1.
⁶ Sachurteile entscheiden über in der Sache selbst, also über die Begründetheit des Anspruchs.

⁷ Endurteile entscheiden für die Instanz endgültig, entweder zum Teil (Teilurteil, § 301 ZPO) oder ganz (Schlussurteil, § 300 ZPO).

⁸ BGHZ 35, 338.

⁹ BVerfGE 36, 298 (301 f.).

¹⁰ *Musielak/Voit* (Fn. 3), Rn. 328; Prozessgericht ist der nach §§ 348, 348a ZPO tätige Einzelrichter, der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen nach § 349 Abs. 2 Nr. 5, der entscheidende Einzelrichter nach § 526 ZPO, der vorbereitende Einzelrichter nach § 527 Abs. 3 Nr. 2 ZPO; nicht jedoch beauftragte (§ 361 ZPO) oder ersuchte (§ 362 ZPO) Richter.

¹¹ *Reichold*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 39. Aufl. 2018, Vorbem § 330 Rn. 4; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 2), § 106 Rn. 12.

¹² Vgl. *Reichold* (Fn. 11), Vorbem § 330 Rn. 2.

findet. Da sich in der Praxis aber regelmäßig früher erster Termin oder Haupttermin an die gem. § 278 Abs. 2 ZPO vorgeschriebene Güteverhandlung anschließen, kann in der übergangenen mündlichen Verhandlung ein Versäumnisurteil ergehen.¹³ Beweistermine sind ebenso wenig säumnisfähig. Allerdings ist zu beachten, dass im Anschluss der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt ist, § 370 ZPO. Ein Versäumnisurteil ist auch im frühen ersten Termin möglich, § 275 ZPO.

2. Säumnis

Definition

Eine Partei ist säumig, wenn sie trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erscheint, nicht verhandelt oder im Anwaltsprozess nicht anwaltlich vertreten ist.

Beispielfall 1: A klagt gegen B und C als Gesamtschuldner auf Zahlung von 10.000 € vor dem zuständigen Landgericht. Der Anspruch ist materiell-rechtlich begründet. In der mündlichen Verhandlung erscheint B ohne Anwalt, C und A jeweils mit Anwalt. A beantragt den Erlass eines Versäumnisurteils. Kann das Gericht B trotz seiner Anwesenheit zur Zahlung von 10.000 € an A verurteilen?

Beispielfall 2: A wird im Prozess durch den Nebenintervenienten N unterstützt, der entgegen A zum Termin erscheint und verhandelt. Ist A säumig?

Eine Partei ist säumig, wenn sie nach ordnungsgemäßem Aufruf der Sache (§ 220 Abs. 1 ZPO) am angekündigten Termin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 220 Abs. 2 ZPO) nicht erscheint. Dem Nichterscheinen steht es gleich, wenn die Partei zwar erscheint, aber nicht verhandelt, § 333 ZPO. Für die Frage, ob eine Partei säumig ist, ist zwischen dem Parteiprozess und dem Anwaltsprozess zu unterscheiden. Im Parteiprozess, d.h. in Verfahren, in denen eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, und die Parteien, sofern sie prozessfähig sind, § 52 ZPO, ihren Rechtsstreit selbst führen können, § 79 Abs. 1 ZPO, ist die Partei säumig, wenn sie selbst oder ihr zugelassener Rechtsanwalt als Bevollmächtigter nicht erscheint oder nicht verhandelt.¹⁴ Im Anwaltsprozess, § 78 Abs. 1 ZPO, d.h. in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich ist, ist eine Partei säumig, wenn ihr zugelassener Rechtsanwalt als Bevollmächtigter nicht erscheint.¹⁵

¹³ Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 34 (35).

¹⁴ Vgl. Huber, JuS 2013, 18 ff.; Musielak/Voit (Fn. 3), Rn. 329.

¹⁵ Untervertretung des Rechtsanwalts ist möglich, § 157 ZPO. Im Parteiprozess kann sich der Rechtsanwalt auch durch seinen Stationsreferendar vertreten lassen, vgl. Reichhold (Fn. 11), § 157 Rn. 1, oder dieser kann als Beistand im Sinne von § 90 ZPO neben dem Rechtsanwalt auftreten, vgl. Greger, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 157 Rn. 1.

Verhandeln erfordert eine aktive Beteiligung an der Erörterung des Rechtsstreits vor Gericht. Für den Kläger bedeutet dies, zumindest einen Sachantrag zu stellen.¹⁶ Hierin liegt bereits ein Verhandeln, weil damit konkludent auf den Sachvortrag des entsprechenden Schriftstücks Bezug genommen wird.¹⁷ Der Beklagte braucht dagegen nicht ausdrücklich Klageabweisung zu beantragen.¹⁸

Nach § 334 ZPO kann unvollständiges Verhandeln einer Partei zur Hauptsache nicht zu einem Versäumnisurteil führen. Die Partei kann nach vorheriger Antragsstellung ihre Säumnis auch nicht dadurch erreichen, dass sie erklärt, sie werde nun nicht mehr auftreten,¹⁹ den gestellten Sachantrag nachträglich zurücknimmt,²⁰ korrigiert oder widerruft.²¹

Demgegenüber liegt ein Nichtverhandeln vor, wenn die Partei eine Einlassung zur Sache völlig verweigert und als Kläger keinen Sachantrag stellt.²² Kein Verhandeln stellen auch bloße Verfahrensangebote wie der Antrag auf Ablehnung eines Richters oder auf Vertagung²³, auf Aussetzung des Verfahrens, auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe²⁴ oder das bloße Verhandeln über die Zuständigkeit²⁵ dar. Säumnis kann auch dadurch auftreten, dass eine Partei oder ihr Vertreter zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung auf Anordnung des Gerichts aus dem Sitzungssaal entfernt wird, § 158 S. 1 ZPO.²⁶

Im *Fall 1* konnte bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ein Versäumnisurteil gegen B ergehen, da vor dem LG Anwaltszwang herrscht (vgl. § 78 ZPO). B war somit nicht ordnungsgemäß durch einen Rechtsanwalt vertreten und selbst nicht postulationsfähig. Auch die Vertretungsfiktion gem. § 62 ZPO, wonach bei der notwendigen Streitgenossenschaft die säumige Partei als durch die nicht säumige Partei als vertreten angesehen wird, liegt nicht vor, da die Gesamtschuldnerschaft einen Fall der einfachen Streitgenossenschaft darstellt, für die die Fiktion des § 62 ZPO nicht gilt, sondern die Wirkung des § 61 ZPO eintritt.

In einigen Fällen, in denen Prozesse von mehreren Parteien geführt werden oder Dritte als Beteiligte beitreten, werden Prozesshandlungen des erschienenen Beteiligten der säumigen Partei zugerechnet (vgl. z.B. §§ 62, 67, 74 ZPO). Deshalb kann in diesen Fällen ein Versäumnisurteil nicht erge-

¹⁶ Toussaint (Fn. 4), § 333 Rn. 13 m.w.N. aus der Rspr.; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 333 Rn. 3.

¹⁷ Herget, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 333 Rn. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 2), § 106 Rn. 14.

¹⁸ Musielak, AL 2010, 289 (290); Musielak/Voit (Fn. 3), Rn. 329.

¹⁹ BGHZ 64, 94.

²⁰ OLG Frankfurt MDR 1982, 153.

²¹ OLG München MDR 2011, 384.

²² BAG NZA 2003, 341.

²³ BGH NJW-RR 1986, 1252.

²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 2), § 106 Rn. 14.

²⁵ BGH NJW 1967, 728.

²⁶ Musielak/Voit (Fn. 3), Rn. 330.

hen.²⁷ So wird nach § 62 ZPO fingiert, dass derjenige, der den Termin wahrnimmt, denjenigen vertritt, der ihn versäumt.²⁸ Er ist berechtigt, alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen (§ 67 Hs. 2 ZPO). Das bedeutet, dass gegen keinen der notwendigen Streitgenossen ein Versäumnisurteil ergehen darf, wenn mindestens einer in dem Termin erscheint und verhandelt.

Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt vor, wenn die Sachentscheidung gegenüber mehreren Personen – anders als bei der einfachen Streitgenossenschaft – einheitlich sein muss.²⁹ Die Notwendigkeit der einheitlichen Entscheidung kann sich aus prozessrechtlichen (§ 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO) oder materiell-rechtlichen Gründen (§ 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO) ergeben.

Nach h.M. soll diese Vertretungsfiktion auch für den Nebenintervenienten gelten.³⁰ Im *Fall 2* kann daher gegen A kein Versäumnisurteil ergehen.

3. Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils

Die anwesende Partei muss in dem Termin zur mündlichen Verhandlung, in dem die andere säumig ist, einen Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils stellen. Es handelt sich hierbei um einen Prozessantrag, der auf Erlass eines Versäumnisurteils gerichtet ist.³¹ Ein bereits im schriftlichen Vorverfahren gestellter Antrag genügt nicht.³² Unklarheiten hinsichtlich des gestellten Antrags sind durch das Gericht nach § 139 ZPO zu beheben. Beantragt die anwesende Partei jedoch ausdrücklich ein kontradiktorisches Urteil, ist der Erlass eines Versäumnisurteils nicht möglich. Umgekehrt ist der Erlass eines streitigen Sachurteils unzulässig, wenn die erschienene Partei ausdrücklich ein Versäumnisurteil beantragt hat.³³

Gegen den Beschluss, durch den der Antrag auf Erlass des Versäumnisurteils zurückgewiesen wird, findet nach § 336 Abs. 1 S. 1 ZPO die sofortige Beschwerde statt. Stellt die anwesende Partei keinen Antrag, liegt ein Fall beiderseitiger

Säumnis vor, § 333 ZPO. Das Gericht entscheidet dann gem. § 251a ZPO, indem es nach Lage der Akten entscheidet, vertagt oder das Ruhen des Verfahrens anordnet.

4. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

Da das Versäumnisurteil ein Sachurteil ist, müssen die allgemeinen Voraussetzungen für seinen Erlass vorliegen, § 335 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.³⁴ Die Voraussetzungen sind durch das Gericht von Amts wegen zu prüfen. Stellt es dabei fest, dass insoweit Mängel bestehen, kommt es darauf an, ob diese Mängel behebbar sind. In Hinblick auf behebbare Mängel, z.B. fehlende Prozessvollmacht nach § 88 Abs. 2 ZPO, ist der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils gem. § 335 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zurückzuweisen, zu vertragen, und dem Kläger ist Gelegenheit zu geben unter Beschaffung der erforderlichen Nachweise.³⁵ Bei unbeheblichen Mängeln wie die mangelnde Partei- oder Prozessfähigkeit³⁶ wird die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen.³⁷

Eine bei dem unzuständigen Gericht eingereichte Klage ist auf Antrag der Rechtsstreit durch Beschluss an das zuständige Gericht zu verweisen, §§ 281, 506 ZPO.

5. Keine Ausschlussgründe

Beispielfall 3: K erhält eine Ladung zur mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht. Die Ladung für den Termin am 9.12. wird ihm am 3.12. zugestellt. Eine Belehrung über die Folgen der Versäumung des Termins fehlt. K erscheint dennoch am 9.12. im Amtsgericht.

Das Versäumnisurteil darf nicht nach § 335 Abs. 1 Nrn. 1–3 ZPO unzulässig sein.³⁸ Nr. 1 betrifft vor allem die allgemeinen Prozessvoraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils.³⁹ Handelt es sich um Prozessvoraussetzungen, deren Mangel nicht behebbar ist, wird die Klage als Prozessurteil abgewiesen. Können die Prozessvoraussetzungen nachträglich noch erfüllt werden, wird der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils zunächst zurückgewiesen.⁴⁰ Nr. 2 bestimmt, dass der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils zurückzuweisen ist, wenn die nicht erschienene Partei nicht

²⁷ Dazu *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 570.

²⁸ *Hüfstege*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 39. Aufl. 2018, § 62 Rn. 20.

²⁹ *Dressler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 29. Ed., Stand: 1.7.2018, § 62 Rn. 1; *Hüfstege* (Fn. 28), § 62 Rn. 1; *Weth*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 15. Aufl. 2018, § 62 Rn. 2.

³⁰ BGH NJW 1994, 2022 (2023); *Althammer*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 67 Rn. 3; *Hüfstege* (Fn. 28), § 67 Rn. 6; *Weth* (Fn. 29), § 67, Rn. 4; a.A. *Schwab*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 276c; *Skauradszun/Hamm*, JR 2009, 7 (7): Wenn schon bei einfacher Streitgenossenschaft der eine durch den anderen nicht vertreten wird, muss dies erst recht für den Nebenintervenienten gelten, der nicht Partei des Prozesses ist. Hinzu kommt, dass der Nebenintervenient eine prozessstaktische Flucht in die Säumnis durch seine Präsenz und sein Prozessverhalten in der mündlichen Verhandlung unterlaufen könnte.

³¹ *Kießling*, in: Saenger, Handkommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2017, § 331 Rn. 2; *Toussaint* (Fn. 4), § 331 Rn. 2.

³² *Prütting* (Fn. 16), § 331 Rn. 6.

³³ *Prütting* (Fn. 16), § 331 Rn. 6.

³⁴ *Prütting* (Fn. 16), § 331 Rn. 4; *Stadler*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 15. Aufl. 2018, Vorbem § 330 Rn. 9.

³⁵ *Musielak/Voit* (Fn. 3), Rn. 326.

³⁶ BGH NJW 1961, 2207; weitere unbehebliche Mängel sind Gerichtsbarkeit, Rechtsschutzbedürfnis, fehlende Klagbarkeit des Anspruchs, anderweitige Rechtshängigkeit, Unzulässigkeit des Rechtsmittels, vgl. *Herget*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 335 Rn. 1.

³⁷ Da somit kein Versäumnisurteil vorliegt, ist dieses nur mit Berufung nach § 338 ZPO anfechtbar, BGH NJW-RR 1986, 1041.

³⁸ Nr. 2 betrifft Versäumnisurteile gegen beide Parteien, Nr. 1 nur solche gegen den Kläger, Nrn. 2, 3 diejenigen gegen den Beklagten.

³⁹ *Reichhold* (Fn. 11), § 335 Rn. 2.

⁴⁰ Vgl. *Musielak/Voit* (Fn. 3), Rn. 332.

ordnungsgemäß geladen wurde. Erforderlich ist, dass die Ladung vollständig (§ 215 ZPO)⁴¹ und unter Einhaltung der Ladungsfrist (§ 217 ZPO) der Partei wirksam zugestellt wurde (§§ 166 ff., 497 ZPO). Nach §§ 218, 497 Abs. 2 ZPO ist eine Ladung nicht erforderlich, wenn ein Termin in einer verkündeten Entscheidung bestimmt wird, es sei denn, das persönliche Erscheinen der Partei wird angeordnet, § 141 Abs. 2 ZPO.

Nach einer Ansicht kommt eine Anwendbarkeit der Vorschrift nur in Fällen „echter“ Säumnis, d.h. bei Nichterscheinen, nicht jedoch bei Nichtverhandeln, in Betracht.⁴² Erscheint die Partei trotz fehlerhafter Ladung, so wird der Fehler durch ihr Erscheinen „geheilt.“⁴³

Nach anderer Auffassung dürfe es der Partei nicht zugemutet werden, nur deshalb nicht zu erscheinen, weil die Ladung nicht ordnungsgemäß war und auf die Gefahr hin, dass das Gericht den Fehler der Ladung nicht erkennt. Ferner ist es möglich, dass die nicht ordnungsgemäß geladene Partei im Termin aufgrund der nicht eingehaltenen Ladungsbestimmungen unvorbereitet ist und daher nicht verhandeln kann. Ihr muss es daher möglich sein, auch bei einer nicht ordnungsgemäßen Ladung diese im Termin zu rügen, auch ohne den Schutz der Vorschrift zu verlieren. Die Rüge der nicht ordnungsgemäßen Ladung stellt noch kein Verhandeln im Sinne des § 333 ZPO dar.⁴⁴

Im *Fall 3* war die Belehrung zwar fristgerecht (vgl. § 217 ZPO), jedoch nicht vollständig, da nicht über die Folgen einer Versäumung belehrt wurde (vgl. § 215 Abs. 1 S. 1 ZPO). Folgte man der erstgenannten Auffassung, müsste das Gericht den Erlass eines Versäumnisurteils nicht zurückweisen, da K trotz unvollständiger Ladung erschienen war. Dagegen hat nach der anderen Ansicht ein Zurückweisungsbeschluss aus den genannten Gründen zu erfolgen.

Nach Nr. 3 müssen Sachanträge und zur Anspruchsbeurteilung notwendiges Tatsachenvorbringen rechtzeitig durch Schriftsatz mitgeteilt worden sein.⁴⁵ Ob rechtzeitig mitgeteilt worden ist, bestimmt sich nach §§ 132, 226, 274 Abs. 3, 282 Abs. 1 ZPO.⁴⁶ Die Vorschrift ist nur bei Säumnis des Beklagten anwendbar, da weder Sachantrag noch Tatsachenvorbringen für eine Säumnis des Klägers notwendig sind.⁴⁷

⁴¹ Insbesondere muss über die Folgen einer Versäumung belehrt worden sein.

⁴² LAG Hamm BeckRS 2010, 65436; *Herget* (Fn. 36), § 335 Rn. 3; *Prütting* (Fn. 16), § 335 Rn. 8; *Stadler* (Fn. 34), § 335 Rn. 3.

⁴³ *Kießling* (Fn. 31), § 335 Rn. 4; *Stadler* (Fn. 34), Vor § 330 Rn. 6; *Prütting* (Fn. 16), § 330 Rn. 13 („unschädlich“).

⁴⁴ Zum Ganzen *Toussaint* (Fn. 4), § 335 Rn. 11.1; ebenso *Barfels*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, Bd. 5, 23. Aufl. 2015; *Büscher*, in: Wiczorek/Schütze, Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2017, § 335 Rn. 15. Für § 337 ZPO, wo sich dasselbe Problem stellt, bejaht von BGH NJW 2016, 3248 (3248 f.).

⁴⁵ *Kießling* (Fn. 31), § 335 Rn. 5; *Prütting* (Fn. 16), § 335 Rn. 10.

⁴⁶ Vgl. *Prütting* (Fn. 16), § 335 Rn. 13.

⁴⁷ *Stadler* (Fn. 34), § 335 Rn. 4.

Liegen die Voraussetzungen nicht vor, wird der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils durch Beschluss zurückgewiesen. Gegen ihn findet die sofortige Beschwerde nach § 336 Abs. 1 ZPO statt.

Schließlich ist die Verhandlung über den Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils gem. 337 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu vertagen, wenn das Gericht dafür hält, dass die Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen oder die Partei ohne ihr Verschulden am Erscheinen verhindert ist.⁴⁸ Die einer Partei ist unverschuldet, wenn sie ohne Verschulden an einem Erscheinen im Termin gehindert war.⁴⁹ Zusätzlich muss sie alles Zumutbare und Mögliche versucht haben, um die Verhinderung (ggf. auch kurzfristig telefonisch) dem Gericht mitzuteilen.⁵⁰

Beispielfall 4 (BGH WM 2016, 139): Am Tag der mündlichen Verhandlung (Termin 12 Uhr) leidet Rechtsanwältin R unter starker Übelkeit und Durchfall. Dennoch begibt sie sich gegen 10:45 Uhr in die allein von ihr und ohne Angestellte geführte Kanzlei. Da sich ihr Gesundheitszustand zunehmend verschlechtert, begibt sie sich um 11:30 Uhr in die unter den Kanzleiräumen gelegene Arztpraxis. Erst um 14 Uhr versendet sie ein Fax mit einer ihre Verhandlungsunfähigkeit bescheinigenden ärztlichen Attest an das Gericht.

Zwar konnte R krankheitsbedingt nicht den Termin wahrnehmen. Dies genügt jedoch nicht für die Annahme, sie habe den Termin unverschuldet versäumt. R hätte das Gericht hier telefonisch über ihre Verhandlungsunfähigkeit in Kenntnis setzen müssen, was ihr allein schon wegen der großen Zeitspanne hätte möglich sein müssen.

Beispielfall 5 (BGH NJW 1999, 724): Rechtsanwalt R hat um 9:30 Uhr einen Gerichtstermin. Auf dem Weg dorthin, für den er in der Regel zehn Minuten benötigt, wird er durch ein verkehrswidrig abgestelltes Lieferfahrzeug blockiert. Nachdem die Straße um 9:40 Uhr wieder frei war, ruft er bei Gericht an und kündigt an, in zehn Minuten einzutreffen. Um 9:45 Uhr erlässt das Gericht auf Antrag ein Versäumnisurteil gegen R.

Selbst wenn R erst um 9:30 Uhr abgefahren sein sollte, wäre er unter Beachtung der in der Praxis üblicherweise zugestandenen Wartezeit noch pünktlich zum Termin erschienen. Mit dem Verkehrshindernis brauchte R nicht zu rechnen, da dieses für ihn unvorhersehbar war, sodass er auch keine Reservezeit hätte einplanen müssen. Auch nach der Verkehrsbehinderung hat R mit seinem Anruf noch innerhalb der Wartezeit alle ihm zumutbaren Vorkehrungen getroffen und das Gericht von der behobenen Beeinträchtigung und seinem Erscheinen in den nächsten zehn Minuten benachrichtigt. Wegen der

⁴⁸ Das Fehlen des Prozessbevollmächtigten wird der Partei gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zugerechnet.

⁴⁹ *Kießling* (Fn. 31), § 337 Rn. 4. In der Praxis ist eine Wartezeit von 10–15 Minuten üblich.

⁵⁰ BGH NJW-RR 2016, 60; BGH NJW 2006, 448.

gebotenen Rücksichtnahme auf die Verfahrensbeteiligten und zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör, hätte das Gericht noch warten müssen.⁵¹

Im *Fall 5* ist im Falle der Vertagung die nicht erschienene Partei neu zu laden, § 335 Abs. 2 ZPO. Gegen den Vertagungsbeschluss ist die sofortige Beschwerde analog § 336 ZPO statthaft.⁵²

6. Schlüssigkeit der Klage (nur bei Säumnis des Beklagten)

Beispielfall 6 (OLG Karlsruhe NJOZ 2002, 1595): V ist Kaufmann und verkauft Werbestreichhölzer und -schlüsselanhänger, die er auch an den K verkaufte, dieser aber nicht zahlte. In den wirksam in den Vertrag eingebundenen AGB war eine Gerichtsstandsvereinbarung für Freiburg i. Br. getroffen worden. In der mündlichen Verhandlung erscheint K nicht. V belegt anhand von Unterlagen, die Kaufmannseigenschaft von K und sich und beantragt den Erlass eines Versäumnisurteils gegen K.

Beispielfall 7: K beantragt gegen den säumigen B ein Versäumnisurteil. Ist die Klage schlüssig, wenn aus dem Vortrag des K ergibt, dass sein Anspruch gegen B verjährt ist?

§ 331 Abs. 1 S. 1 ZPO enthält dabei eine Geständnisfiktion des säumigen Beklagten, wonach die vom Kläger vorgebrachten Tatsachen – nicht jedoch Rechtsansichten – als zugestanden gelten. Dies hat zur Folge, dass die vom Kläger behaupteten Tatsachen keines Beweises bedürfen (§ 288 Abs. 1 ZPO) und sein rechtzeitiger Tatsachenvortrag als richtig unterstellt wird. Nur der allein vom Kläger stammende Tatsachenstoff muss zur Begründetheit der Klage führen.⁵³

Im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung prüft das Gericht somit, ob die vom Kläger behaupteten anspruchsbegründeten und als feststehend unterstellten Tatsachen einen Anspruch rechtfertigen, § 331 Abs. 2 ZPO, also ob sie unter eine Anspruchsgrundlage subsumiert werden können.⁵⁴

Die Geständnisfiktion des § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO gilt nicht für von Amts wegen zu prüfende⁵⁵ Sachurteilsvoraussetzungen, da in solchen Fällen auch ein Geständnis des erschienenen Beklagten nicht möglich wäre.⁵⁶ Handelt es sich

hingegen um verzichtbare, nur auf Rüge zu prüfende Sachurteilsvoraussetzungen, werden dieses von der Geständnisfiktion umfasst, beispielsweise sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts, soweit keine ausschließliche Zuständigkeit begründet ist.⁵⁷ Zu beachten ist, dass dies nach § 331 Abs. 1 S. 2 ZPO ausdrücklich nicht für eine Gerichtsstandsvereinbarung nach § 38 ZPO oder einer Vereinbarung über den gerichtstandsbestimmenden Erfüllungsort, § 29 Abs. 2 ZPO, gilt.

Rechtshindernde Einwände („Der Anspruch ist nicht entstanden“) und rechtsvernichtende Einwände („Der Anspruch ist untergegangen“) werden als Einwendungen bezeichnet und müssen vom Gericht berücksichtigt werden. Sie sind daher vom Gericht in der Schlüssigkeitsprüfung zu beachten. Demgegenüber werden als Einreden die rechtshemmenden Einwände bezeichnet („Der Anspruch ist nicht durchsetzbar“). Sie werden vom Gericht nur berücksichtigt, wenn sich die betreffende Person auf sie beruft. Ausnahmsweise müssen Einreden vom Gericht berücksichtigt werden, wenn sich aus dem eigenen Vortrag des Klägers ergibt, dass sie vom Beklagten außerhalb des Prozesses bereits erhoben worden sind, da das Gericht an die durch eine solche Einrede bereits außerprozessual gestaltete Rechtslage gebunden ist.⁵⁸

In *Fall 6* konnte ein Versäumnisurteil erlassen werden. Zwar gilt die Fiktion, wonach der im Sinne von § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO säumige Beklagte das tatsächliche Vorbringen des Klägers zugestanden hat, nicht in Bezug auf die Behauptungen der örtlichen Zuständigkeit aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung nach § 38 ZPO. Vielmehr ist die Kaufmannseigenschaft und Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien vom Kläger nachzuweisen. Dies hat der Kläger aber durch die Vorlage der Vertragsurkunden nebst der Gerichtsstandsklausel hinreichend dargetan.

In *Fall 7* ist die Klage des K schlüssig, da die Verjährung als Einrede nur berücksichtigt wird, wenn sich die betreffende Person auf sie beruft.

III. Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren, § 331 Abs. 3 ZPO

Im schriftlichen Vorverfahren kann ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten gem. §§ 331 Abs. 3, 276 Abs. 1 ZPO ergehen. Voraussetzung ist, dass die Klage zulässig und schlüssig ist, der Kläger einen entsprechenden Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils gestellt hat⁵⁹ und der Beklagte nach Eingang der Klage unter Belehrung über die Folgen der Versäumnis (§ 276 Abs. 2 ZPO) seine Verteidigungsbereitschaft nicht innerhalb der zweiwöchigen Notfrist bei Gericht anzeigt, § 276 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Vorschrift dient der Sanktionsmöglichkeit für die Nichtbeachtung der zweiwöchigen Notfrist und die damit verbundene Prozessverschleppung.⁶⁰ Das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren

⁵¹ Zust. wohl *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Kommentar zur ZPO, 76. Aufl. 2018, § 337 Rn. 13.

⁵² OLG Nürnberg MDR 1963, 507; OLG Hamm NJW-RR 1991, 703. Zur Frage, ob es gegen das anwaltliche Berufsrecht verstößt, bei beiderseitiger anwaltlicher Vertretung unter gewissen Umständen ein Versäumnisurteil zu erwirken, vgl. *Prütting* (Fn. 16), § 337 Rn. 10 ff.

⁵³ *Meller-Hannich*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 459.

⁵⁴ *Prütting* (Fn. 16), § 331 Rn. 10; *Stadler* (Fn. 34) § 331 Rn. 7.

⁵⁵ Eine Prüfung von Amts wegen ist regelmäßig nur dann vorzunehmen, wenn hinreichende Anhaltspunkte für ihr Fehlen gegeben sind, vgl. BGHZ 159, 99.

⁵⁶ *Prütting* (Fn. 16), § 331 Rn. 13; vgl. auch *Reichold* (Fn. 11), § 331 Rn. 8; *Stadler* (Fn. 34), § 331 Rn. 9.

⁵⁷ *Toussaint* (Fn. 4), § 331 Rn. 6c.

⁵⁸ *Schumann*, Die ZPO-Klausur, 3. Aufl. 2006, Rn. 321.

⁵⁹ Nach § 331 Abs. 3 S. 2 ZPO kann dieser bereits in der Klageschrift gestellt werden.

⁶⁰ *Stadler* (Fn. 34), § 331 Rn. 17.

wird nicht verkündet, sondern gemäß § 310 Abs. 3 ZPO durch Zustellung an beide Parteien wirksam.

IV. Mögliche Entscheidungen des Gerichts⁶¹

- Ist die Klage unzulässig und sind die zur Unzulässigkeit führenden Mängel nicht behebbar, erlässt das Gericht ein kontradiktorisches Urteil gegen den Kläger, dass die Klage (als unzulässig) abgewiesen wird.
- Ist der Beklagte tatsächlich nicht säumig oder liegt ein Hinderungsgrund nach § 335 ZPO vor, ist der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils durch Beschluss zurückzuweisen (vgl. § 336 Abs. 1 ZPO).
- Liegt ein Vertagungsgrund nach § 337 ZPO vor, ergeht ein Vertagungsbeschluss und unter Ladung der abwesenden Person ein neuer Termin zu bestimmen.
- Ist die Klage un schlüssig, erlässt das Gericht ein kontradiktorisches Urteil gegen den Kläger, dass die Klage (als unbegründet) abgewiesen wird.
- Liegen alle Voraussetzungen vor – und ist die Klage bei Säumnis des Beklagten schlüssig! –, erlässt das Gericht gegen die säumige Partei ein Versäumnisurteil.⁶²

1. Urteilstenor bei Beklagtäumsnis

Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten enthält folgenden beispielhaften Tenor:⁶³

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.000 € zu zahlen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte (§ 91 ZPO).
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar (§ 708 Nr. 2 ZPO).

2. Urteilstenor bei Klägersäumnis

Der Tenor eines Versäumnisurteils gegen den Kläger könnte lauten:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger (§ 91 ZPO).
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar (§ 708 Nr. 2 ZPO).

V. Rechtskraft

Die Rechtskraft eines gegen den Kläger ergehenden Versäumnisurteils ist streitig.

Beispielfall 8: K klagt gegen B auf Zahlung von 5.000 €. In der Klageerwiderung beruft sich B darauf, dass der Anspruch noch nicht fällig sei. Nach erneuter Prüfung

seiner Unterlagen muss K feststellen, dass die Annahme des B zutrifft. Um den begonnenen Prozess möglichst günstig zu beenden, beschließt K nicht zur mündlichen Verhandlung zu erscheinen und ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. Als sein Anspruch nun fällig wird, klagt K erneut gegen B. Dieser beruft sich auf die Rechtskraft des Versäumnisurteils.

Nach der Rechtsprechung macht die Rechtskraft eines klageabweisenden Versäumnisurteils die erneut gerichtliche Geltendmachung des Klageanspruchs unzulässig. Der Kläger kann sich im Zweitprozess nicht darauf berufen, im Erstprozess habe seinem Anspruch lediglich die fehlende Fälligkeit entgegengestanden.⁶⁴ Nach Ansicht des BGH ist der Umfang der materiellen Rechtskraft eines Versäumnisurteils gegenüber der Abweisung durch kontradiktorisches Urteil verschieden: Während im Falle eines kontradiktorischen Urteils die Entscheidungsgründe ergeben können, dass die Klage wegen der fehlenden Fälligkeit als zur Zeit unbegründet abgewiesen wurde. Wird der Anspruch nunmehr fällig, steht die Rechtskraft des Urteils der erneuten Klageerhebung nicht entgegen. Demgegenüber soll die Rechtskraft einer durch Versäumnisurteil abgewiesenen Klage weiter reichen und aus Gründen der Rechtssicherheit eine erneute Klage nach Eintritt der Fälligkeit erhoben werden.

Diese Auffassung ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Zwar sei es dem Versäumnisurteil wegen des fehlenden Tatbestands und der fehlenden Entscheidungsgründe schwer zu entnehmen, welche Tatsachen noch vom Urteil erfasst worden sind und welche sich als neue nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung ergeben haben.⁶⁵ Andererseits müssten die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft ebenso bei einem Versäumnisurteil berücksichtigt werden. Ob neue Tatsachen vorliegen, müsste im Zweitprozess gegebenenfalls durch eine Beweisaufnahme geklärt werden.⁶⁶

Nach der Ansicht des BGH ist in *Fall 8* die zweite Klage des K als unzulässig abzuweisen. Demgegenüber ist nach Auffassung von Teilen der Literatur die Klage begründet, da sich K für die Begründung seines Anspruchs auf Tatsachen beruft, die erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Erstprozesses eingetreten sind. Deshalb ist das Vorbringen des K, der Anspruch ist nun fällig, nicht durch die Rechtskraft des ersten Urteils gehindert.

⁶¹ Vgl. auch *Prütting* (Fn. 16), § 331 Rn. 32 ff.

⁶² Es ist gemäß § 313b Abs. 1 ZPO als Versäumnisurteil zu bezeichnen und bedarf weder der Darstellung von Tatbestand noch Entscheidungsgründen.

⁶³ Umfassende Kenntnisse zur Tenorierung werden freilich erst im Referendariat erwartet. Hier soll aber noch einmal deutlich gemacht werden, dass es sich bei dem Versäumnisurteil um ein echtes Sachurteil handelt.

⁶⁴ BGHZ 35, 338.

⁶⁵ *Musielak/Voit* (Fn. 3), Rn. 347; vgl. auch *Lüke/Arens* (Fn. 1), Rn. 374.

⁶⁶ *Gottwald*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 5. Aufl. 2016, § 322 Rn. 178; *Roth*, LMK 2003, 116.