

Das Versäumnisverfahren im Zivilprozess – Teil 2*

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

Die folgenden Erörterungen schließen den Beitrag „Das Versäumnisverfahren im Zivilprozess“ ab. Während im ersten Teil (ZJS 2019, 15 ff.) die Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils behandelt wurden, befasst sich der hiesige zweite Teil mit dem Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und das technisch zweite Versäumnisurteil.

VI. Einspruch gegen ein Versäumnisurteil

Zur Veranschaulichung der Wirkung des Einlegens eines Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil folgender Fall.

Beispielfall 9: A klagt gegen B auf Zahlung von 10.000 €. Da B im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, erlässt das zuständige Landgericht am 14.3.2019 gegen B ein Versäumnisurteil, welches diesem am 19.3.2019 zugestellt wird. Am 1.4.2019 legt B gegen dieses Urteil Einspruch ein.

Der Rechtsbehelf gegen ein Versäumnisurteil ist der Einspruch gem. § 338 ZPO. Da dieser bei dem Gericht eingelegt wird, welches das Versäumnisurteil erlassen hat (§ 340 Abs. 1 ZPO) und somit kein Devolutiveffekt – das Verfahren wird nicht in der höheren Instanz anhängig – bewirkt, handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel, sondern um ein Rechtsbehelf.¹ Der Einspruch weist aber den Suspensiveffekt auf, da mit diesem der Eintritt der Rechtskraft des Versäumnisurteils gehemmt wird (§ 705 S. 2 ZPO). Nach § 232 ZPO hat das Versäumnisurteil eine Belehrung über die Einspruchsmöglichkeit, über das zuständige Gericht sowie über Frist und Form zu enthalten. Eine fehlerhafte oder unterbliebene Rechtsbehelfsbelehrung führt nach § 233 S. 2 ZPO jedoch im Wiedereinsetzungsverfahren nur zu der Vermutung, dass eine Versäumung der Einspruchsfrist unverschuldet war und die unrichtige oder unterbliebene Belehrung ursächlich für die Versäumung der Einspruchsfrist gewesen war.² Anders ist dies im Arbeitsgerichtsprozess, wo aus dem Wortlaut des § 59 S. 3 ArbGG „zugleich mit der Zustellung des Urteils“ gefolgert wird, dass der Hinweis Zustellungsvoraussetzung ist, mit der Folge, dass die Einspruchsfrist mangels wirksamer Zustellung nicht zu laufen beginnt.³

Die Vorschriften über den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil gelten wegen ihrer Verordnung im ersten Abschnitt des zweiten Buches der ZPO zunächst nur in Verfahren vor dem Landgericht, über die Verweisungsnorm des § 495a ZPO auch für Verfahren vor dem Amtsgericht.⁴ Im arbeitsgericht-

lichen Urteilsverfahren gelten die Vorschriften über den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil gem. §§ 46 Abs. 2, 61 Abs. 6 ArbGG mit Ausnahme der in §§ 59, 64 Abs. 7 ArbGG genannten Besonderheiten entsprechend.

Kurzüberblick über die Voraussetzungen

1. Statthaftigkeit gem. § 338 ZPO
2. Zuständigkeit des Prozessgerichts gem. § 340 ZPO
3. Einspruchsfrist gem. § 339 ZPO
4. Form und Inhalt gem. § 340 ZPO
5. Allgemeine Prozessvoraussetzungen
6. Kein Verzicht oder keine Rücknahme gem. § 346 ZPO

1. Statthaftigkeit

Der Einspruch ist nur gegen sogenannte „echte“ Versäumnisurteile statthaft und Einspruchsführer kann nur die säumige Partei sein, also diejenige, gegen die das Versäumnisurteil erlassen wurde, nicht dagegen die gegnerische Partei.⁵ Gegen sogenannte „unechte“ Versäumnisurteile, d.h. Urteile, bei denen zwar eine Partei säumig war, diese aber nicht wegen der Säumnis der Partei ergehen, sondern aus einem anderen Grund, etwa wegen Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit der Klage, können nur mit Rechtsmitteln angegriffen werden.⁶ Grundsätzlich begehrt der Einspruchsführer mit seinem Einspruch neben der Aufhebung des Versäumnisurteils auch die Beseitigung der materiellen Beschwer. Der Einspruch kann aber auch dazu dienen, um eine Klageänderung⁷ oder einen Parteiwechsel herbeizuführen.⁸ Versäumnisurteile können auch nur zum Teil angefochten werden.⁹

Bei einem Versäumnisurteil gegen mehrere Streitgenossen, ist die Einspruchseinlegung für jeden Streitgenossen getrennt zu prüfen. In Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO ist auch derjenige Streitgenosse im Einspruchsverfahren gem. § 62 Abs. 2 ZPO zuzuziehen, der selbst keinen Einspruch eingelegt hat.¹⁰

Der Einspruch ist auch dann der richtige Rechtsbehelf, wenn das Gericht irrtümlicherweise ein Versäumnisurteil erlassen hat, obwohl überhaupt kein Fall von Säumnis vorgelegen hat.¹¹ In diesem Fall greift auch nicht der Grundsatz der Meistbegünstigung.¹² Nach diesem Grundsatz darf den Parteien kein Rechtsnachteil dadurch erwachsen, dass das Gericht in falscher Form entschieden hat. Ihnen steht deshalb sowohl der Rechtsbehelf zu, der nach der Art der tatsächlich

* Fortführung von *Behrens*, ZJS 2019, 15 ff.

** Der Autor ist derzeit Rechtsreferendar am OLG Celle.

¹ *Reichold*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 39. Aufl. 2018, § 338 Rn. 1.

² *Toussaint*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 32. Ed., Stand: 1.4.2019, § 338 Rn. 12.

³ *Toussaint* (Fn. 2), § 338 Rn. 13.

⁴ Diese Verweisungsnorm sollte in der Fallbearbeitung zumindest zu Beginn einmalig zitiert werden.

⁵ *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 351.

⁶ *Herget*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, Vor §§ 330 ff. Rn. 12.

⁷ OLG Köln NJW-RR 1993, 1408.

⁸ *Czub/Göbel*, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2018, § 338 Rn. 5.

⁹ Umkehrschluss aus § 340 Abs. 2 S. 2 ZPO.

¹⁰ *Toussaint* (Fn. 2), § 338 Rn. 7.

¹¹ *Musielak/Voit* (Fn. 5), Rn. 351.

¹² BGH NJW 1999, 583; BGH NJW-RR 1995, 379 (380); BGH NJW 1994, 665.

ergangenen Entscheidung statthaft ist, als auch derjenige, der bei einer in der korrekten Form erlassenen Entscheidung zulässig wäre.¹³ Dagegen wird der Grundsatz der Meistbegünstigung angewandt, wenn ein kontradiktorisches Urteil irrtümlich als Versäumnisurteil erlassen wurde.¹⁴ Gleiches gilt, wenn das den Parteien zugestellte Urteil entgegen § 313b Abs. 1 S. 2 ZPO nicht als Versäumnisurteil benannt worden ist.¹⁵ Ob die säumige Partei ihre Säumnis hätte vermeiden können, ist unbeachtlich. Dies wird teilweise für rechtspolitisch bedenklich erachtet, weil die Folgen der Säumnis durch den Einspruch ohne weitere Begründung beseitigt werden können und die säumige Partei sich somit einen unberechtigten Zeitgewinn verschaffen kann.¹⁶

2. Zuständigkeit des Prozessgerichts

Über die Zulässigkeit des Einspruchs entscheidet das Prozessgericht, welches das Versäumnisurteil erlassen hat. Gem. § 341 ZPO prüft das Gericht von Amts wegen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er frist- und formgerecht eingelegt worden ist.

3. Einspruchsfrist

Die Einspruchsfrist beträgt gem. § 339 Abs. 1 ZPO zwei Wochen. Sie ist eine Notfrist (§ 339 Abs. 1 Hs. 2 ZPO) und nicht verlängerbar (§ 224 Abs. 2 ZPO). Muss die Zustellung im Ausland erfolgen, beträgt die Frist einen Monat (§ 339 Abs. 2 S. 1 ZPO). In diesem Fall kann das Gericht aber im Versäumnisurteil eine längere Frist bestimmen (§ 339 Abs. 2 S. 2 ZPO). Im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren muss gem. § 59 S. 1 ArbGG binnen einer Notfrist von einer Woche (!) Einspruch gegen ein Versäumnisurteil eingelegt werden.

Die Frist beginnt mit Zustellung des Versäumnisurteils an die unterlegene Partei (§ 339 Abs. 1 Hs. 2 ZPO). In Fällen des Erlasses eines Versäumnisurteils ohne mündliche Verhandlung nach § 331 Abs. 3 ZPO beginnt sie mit der zeitlich letzten Zustellung an eine der Parteien, also entweder mit der Zustellung an den Kläger oder an den Beklagten.¹⁷ Dies folgt daraus, dass bei einem Versäumnisurteil, das nach § 331 Abs. 3 ZPO ohne mündliche Verhandlung ergeht, die Verkündung durch die Zustellung des Urteils ersetzt wird und dieses deshalb erst mit Zustellung an alle Parteien existent wird.¹⁸

Für die Berechnung der Frist gelten die §§ 222 ff. ZPO in Verbindung mit §§ 187 ff. BGB. Die Notfrist des § 339 Abs. 1 ZPO beginnt wegen der verbleibenden Möglichkeit der Nichtigkeitsklage und aus Gründen der Rechtssicherheit auch mit der unwirksamen Zustellung.¹⁹

¹³ BGH NJW 1999, 583 (584).

¹⁴ BGH NJW 1999, 583 (584).

¹⁵ OLG Hamm NJW-RR 1995, 186.

¹⁶ Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 501.

¹⁷ Herget (Fn. 6), § 339 Rn. 4.

¹⁸ Grunsky/Jacoby (Fn. 16), Rn. 503.

¹⁹ BGH NJW 2008, 2125; BGH NJW 1988, 2049; Herget (Fn. 6), § 339 Rn. 1; a.A. LG Berlin MDR 1988, 588; AG Hamburg-Harburg NJW-RR 1998, 791.

4. Einspruchsschrift

Der Einspruch wird durch Einreichung einer Einspruchsschrift bei dem Gericht eingelegt, welches das Versäumnisurteil erlassen hat (§ 340 Abs. 1 ZPO). Die Einspruchsschrift muss nach § 340 Abs. 2 ZPO die Bezeichnung des Urteils, gegen das der Einspruch gerichtet wird (Nr. 1) und die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt werde (Nr. 2) enthalten. Nicht zwingend ist, dass der Begriff „Einspruch“ fällt, vielmehr genügt jeder Ausdruck (z.B. „Widerruf“, „Berufung“), der deutlich macht, dass die Partei sich gegen das Versäumnisurteil verteidigen möchte.²⁰

Nach § 340 Abs. 3 ZPO ist die Einspruchsschrift zu begründen. Die Frist zur Begründung des Einspruchs kann seitens des Gerichts verlängert werden, wenn der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn die Partei erhebliche Gründe darlegt (§ 340 Abs. 3 S. 2 ZPO). Im Gegensatz zu der Begründung bei Berufung und Revision führt die unterlassene Begründung des Einspruchs allerdings nicht zu einer Verwerfung des Rechtsbehelfs als unzulässig.²¹ Vielmehr gilt für das verspätete Vorbringen die Präklusionswirkung des § 296 ZPO.²² Die Begründung des Einspruchs dient mithin dazu, die Präklusionswirkung des § 296 ZPO zu verhindern.²³

5. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

Wie bei jeder Prozesshandlung müssen auch bei Einlegung des Einspruches die allgemeinen Prozessvoraussetzungen vorliegen.

6. Kein Verzicht oder keine Rücknahme

Der Einspruch darf nicht zurückgenommen noch darf auf ihn verzichtet worden sein. Für den Verzicht des Einspruchs und seine Zurücknahme gelten gem. § 346 ZPO die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und über ihre Zurücknahme (§§ 515, 516 ZPO) entsprechend.

VII. Wirkungen

Ist der Einspruch unzulässig, ergeht – unabhängig ob eine mündliche Verhandlung stattfand oder nicht – ein Urteil nach § 341 Abs. 2 ZPO.

Der Tenor könnte lauten: „Der Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom [...] wird als unzulässig verworfen.“²⁴

Bei zulässigem Einspruch ist gem. § 341a ZPO der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Es kann bereits durch Zwischenurteil festgestellt werden, dass der Einspruch zulässig ist.

Der Tenor könnte lauten: „Der Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom [...] ist zulässig.“²⁵

²⁰ Herget (Fn. 6), § 340 Rn. 4.

²¹ BGH NJW-RR 1992, 957; OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1151.

²² BGH NJW 1979, 1988; OLG Nürnberg NJW 1978, 2250.

²³ Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 34 (38).

²⁴ Reichold (Fn. 1), § 341 Rn. 5.

Der zulässige Einspruch bewirkt, dass der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand (§ 342 ZPO). Der Einspruch hemmt die Rechtskraft des Versäumnisurteils (§ 705 S. 2 ZPO). Die Vollstreckbarkeit des Versäumnisurteils bleibt aber bestehen. In der Praxis wird der Einspruchsführer in der Regel beantragen, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil einstweilen einzustellen (§ 719 in Verbindung mit § 707 ZPO).²⁶

VIII. Entscheidungen des Gerichts

1. Säumnis einer Partei

Ist die Partei, die den Einspruch eingelegt hat, erneut säumig, ergeht gegen sie ein technisch zweites Versäumnisurteil.²⁷ Ist der Einspruchsgegner säumig, ergeht gegen ihn auf Antrag ein erstes Versäumnisurteil.

2. Erscheinen beider Parteien

Sind beide Parteien erschienen und ist der Rechtsstreit entscheidungsreif, erlässt das Gericht ein Endurteil (§ 300 ZPO). Entschieden wird nicht über den Einspruch, sondern über die Klage aufgrund der neuen Verhandlung.²⁸ Die Entscheidung kann auf anderen rechtlichen Erwägungen als das Versäumnisurteil beruhen.²⁹ Da das Versäumnisurteil noch fortbesteht, muss bei der Tenorierung darauf geachtet werden, dass es entweder bestätigt oder aufgehoben wird (§ 343 ZPO).³⁰

a) Aufrechterhaltung nach § 343 S. 1 ZPO

Stimmt das Urteil mit dem Versäumnisurteil überein, so wird das Versäumnisurteil aufrechterhalten. (§ 343 S. 1 ZPO). Die säumige, unterlegene Partei trägt nach § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits und auch des Versäumnisurteils, selbst wenn dies nicht in gesetzlicher Weise ergangen ist.³¹ Die Vollstreckung darf nur noch gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werden (§ 709 S. 3 ZPO); bisherige Vollstreckungsmaßnahme ohne Sicherheitsleistung nach § 708 Nr. 2 ZPO bleiben bestehen.³²

Formulierungsvorschlag: Das Versäumnisurteil vom [...] wird aufrechterhalten. Der Beklagte trägt auch die weiteren Kosten des Verfahrens.³³

b) Aufhebung nach § 343 S. 2 ZPO

Kommt das Gericht in der Verhandlung zu einer anderen Entscheidung als im Versäumnisurteil, hebt es das Versäumnisurteil auf (§ 343 S. 2 ZPO) und trifft eine andere Entscheidung (§ 343 S. 2 ZPO). In diesem Fall trägt die säumige, nun erfolgreiche Partei nur die durch ihre Säumnis entstandenen Kosten, sofern dieses in gesetzlicher Weise ergangen ist (§ 344 ZPO). Ist es dagegen nicht in gesetzlicher Weise erlassen worden, etwa weil die Partei ohne ihr Verschulden am Verhandeln gehindert war, sind auch diese Kosten dem Gegner gem. § 91 ZPO aufzuerlegen.³⁴ Für die vorläufige Vollstreckbarkeit gelten je nach Höhe der Kosten § 708 Nr. 11 oder § 709 S. 1 ZPO.³⁵

Formulierungsvorschlag: Das Versäumnisurteil vom [...] wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der durch die Säumnis des Beklagten im Termin vom [...] entstandenen Kosten, die der Beklagte trägt.

c) Teilweise Aufrechterhaltung

Kommt das Gericht nach dem Einspruch zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung nur teilweise mit dem Versäumnisurteil übereinstimmt, wird das Versäumnisurteil in diesem Umfang aufrechterhalten (§ 343 S. 1 ZPO) und hinsichtlich des abweichenden Teils aufgehoben (§ 343 S. 2 ZPO).³⁶

Formulierungsvorschlag: Das Versäumnisurteil vom [...] wird in Höhe von [...] € aufrechterhalten. Im Übrigen wird das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. (Vollstreckbarkeit)

d) Vergleich, Klagerücknahme oder übereinstimmende Erledigungserklärung

Kommt es zwischen den Parteien zu einem Vergleich, sollte auch eine Vereinbarung hinsichtlich des Versäumnisurteils berücksichtigt werden, indem etwa festgehalten wird, dass der Kläger bzw. der Beklagte sich verpflichtet, aus dem Versäumnisurteil nicht zu vollstrecken.³⁷ Im Fall einer Klagerücknahme nach Erlass des Versäumnisurteils, wird dieses nach § 269 Abs. 3 S. 1 ZPO wirkungslos, ohne dass es einer ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Gleiches gilt bei einer übereinstimmenden Erledigungserklärung.³⁸

IX. Exkurs: „Flucht in die Säumnis“

Hat eine Partei Angriffs- oder Verteidigungsmittel verspätet vorgetragen, muss sie damit rechnen, dass diese nach § 296 ZPO zurückgewiesen werden. Eine Verzögerung liegt vor, wenn das Verfahren bei Zulassung des verspäteten Vorbrin-

²⁵ Reichold (Fn. 1), § 341 Rn. 7.

²⁶ Grunsky/Jacoby (Fn. 16), Rn. 506.

²⁷ Dazu unten X.

²⁸ Reichold (Fn. 1), § 343 Rn. 1. In der Fallbearbeitung ist nach Zulässigkeit des Einspruchs, die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, nicht die Begründetheit des Einspruchs zu prüfen!

²⁹ Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 34, (35).

³⁰ Vgl. Grunsky/Jacoby (Fn. 16), Rn. 507.

³¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 106 Rn. 67.

³² Czub/Göbel (Fn. 8), § 343 Rn. 7.

³³ Siehe dazu ausführlich Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 13. Aufl. 2017, Rn. A-108 ff.; Giers, DGVZ 2008, 8 ff.

³⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 31), § 106 Rn. 68.

³⁵ Reichold (Fn. 1), § 343 Rn. 5.

³⁶ Vgl. dazu Büscher, in: Wieczorek/Schütze, Kommentar zur ZPO, Bd. 5/2, 4. Aufl. 2017, § 343 Rn. 29.

³⁷ Thamm, in: Kern/Diehm, Kommentar zur ZPO, 2017, § 343 Rn. 6.

³⁸ Thamm (Fn. 37), § 343 Rn. 7.

gens länger dauern würde als bei Zurückweisung (sog. absoluter Verzögerungsbegriff).³⁹ Nach der Gegenansicht ist ein Vergleich mit der (hypothetischen) Verfahrensdauer, die sich bei rechtzeitigem Vorbringen ergeben hätte, anzustellen. (sog. relativer Verzögerungsbegriff).⁴⁰ Eine absolute Verzögerung liegt mithin vor, wenn neben dem Einspruchstermin ein weiterer Termin erforderlich ist.⁴¹ In diesen Fällen kann es für die Partei ratsam sein, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. In dem in die Lage vor der Säumnis zurückgesetzten Prozess ist neues Vorbringen im Rahmen der Einspruchs begründung zulässig.⁴² Bereits verspätetes Vorbringen bleibt aber verspätet.⁴³ Eine Verzögerung findet nun nicht mehr statt, da nach § 341a ZPO ohnehin ein neuer Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird, in dem eine Beweisaufnahme stattfinden kann.⁴⁴ Andererseits muss das Gericht auch nicht den Einspruchstermin so weit hinauszuschieben, dass in ihm auch späteres Vorbringen noch im vollen Umfang ohne Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits noch berücksichtigt werden kann.⁴⁵ Vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 1 GG ist erforderlich, dass unproblematisch erkennbar ist, dass die Verspätung nicht ursächlich für eine Verzögerung ist.⁴⁶ Schließlich kann der Kläger auch seine Klage ändern oder erweitern oder der Beklagte Widerklage erheben.⁴⁷

Letzteres stellt als sog. „Flucht in die Klageerweiterung bzw. Widerklage“ eine Alternative dar, um die Zurückweisung zu umgehen. Da § 296 ZPO nur Angriffs- und Verteidigungsmittel umfasst, können Klageerweiterung und Widerklage als Sachanträge nicht zurückgewiesen werden.⁴⁸ Die Flucht in die Klageerweiterung bzw. Widerklage birgt im Gegensatz zur Flucht in die Säumnis vor allem Kostenvorteile. Nach § 344 ZPO hat der Beklagte die durch die Säumnis entstandenen Mehrkosten zu tragen. Hinzu kann die Erhebung einer Verzögerungsgebühr nach § 38 GKG in Betracht kommen. Dagegen entstehen im Fall der Flucht in die Klageerweiterung bzw. Widerklage gar keine Kostennachteile oder nur in sehr geringerem Umfang.⁴⁹ Zudem ist letztere gegen-

über der Flucht in die Säumnis – zumindest bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs⁵⁰ – mehrmals möglich.⁵¹

X. Technisch zweites Versäumnisurteil

Beispielsfall 10 (BGH NJW 1998, 3125): Der Kläger verlangt vom Beklagten restlichen Werklohn. In der mündlichen Verhandlung erging gegen den Beklagten, dessen Prozessbevollmächtigter trotz ordnungsgemäßer Ladung zum Termin nicht erschienen war, ein Versäumnisurteil. Gegen das Versäumnisurteil legte der Prozessbevollmächtigte des Beklagten fristgerecht Einspruch ein. Im neuen Termin zur mündlichen Verhandlung erschien für den Beklagten wieder niemand, mit der Folge, dass auf Antrag des Klägervertreters durch zweites Versäumnisurteil sein Einspruch verworfen wurde. Der Rechtsanwalt des Beklagten legte hiergegen Berufung ein. Zur Begründung trug er vor, es sei in dem Termin unverschuldet säumig gewesen. Die Post sei von der Auszubildenden bearbeitet worden, die von einer erfahrenen und gewissenhaft arbeitenden Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten überwacht worden sei. Es seien nur die Fristen notiert worden. Von beiden sei die Ladung übersehen worden und daher der Termin zur Verhandlung über den Einspruch nicht im Kalender eingetragen worden.

Kurzüberblick über die Voraussetzungen

1. Zulässiger Einspruch
2. Erneute Säumnis im Einspruchstermin
3. Prozessantrag und keine Hinderungsgründe
4. Gesetzmäßigkeit des ersten Versäumnisurteils (str.)

1. Zulässiger Einspruch

Einspruch der säumigen Partei muss zulässig sein.⁵² Bei Unzulässigkeit ist der Einspruch durch kontradiktorisches Urteil als unzulässig zu verwerfen.⁵³

2. Säumnis im Einspruchstermin

Der Einspruchsführer muss im Einspruchstermin säumig sein. Einspruchstermin ist entweder der nach § 341a ZPO bestimmte Termin oder der Termin, auf den vertrag wurde (§§ 227, 335, 337 ZPO), wenn es dort nicht zur Verhandlung über die Hauptsache gekommen ist.⁵⁴

Ein zweites Versäumnisurteil darf nur bei unmittelbar aufeinanderfolgender Säumnis ergehen. Zwischen den beiden Terminen darf nicht zur Hauptsache verhandelt worden sein.

³⁹ Greger, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 296 Rn. 22; Reichold (Fn. 1), § 296 Rn. 15.

⁴⁰ Vgl. Greger (Fn. 39), § 296 Rn. 22.

⁴¹ Vgl. M. Huber, JuS 2015, 985 (987).

⁴² BGH NJW 1980, 1105.

⁴³ Pohlmann, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 588.

⁴⁴ Büßer, JuS 2009, 319 (320); Schwab, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 283.

⁴⁵ BGH NJW 1981, 286, für den Fall eines noch einzuholenden schriftlichen Sachverständigen Gutachtens.

⁴⁶ BVerfG NJW 1987, 2733 (2735).

⁴⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 31), § 106 Rn. 62.

⁴⁸ Greger (Fn. 39), § 296 Rn. 3; vgl. auch BGH NJW 1986, 2257.

⁴⁹ Windau, zpoblog, abrufbar unter <http://www.zpoblog.de/flucht-in-die-saeumnis-klageerweiterung-widerklage-befangenheitsantrag/> (21.5.2019).

⁵⁰ BGH NJW 1986, 2257 (2258); sie ist aber nicht bereits rechtsmissbräuchlich, wenn die Flucht auch den Zweck der Präklusion verfolgt, vgl. BGH NJW 1995, 1223.

⁵¹ Windau, zpoblog, abrufbar unter <http://www.zpoblog.de/flucht-in-die-saeumnis-klageerweiterung-widerklage-befangenheitsantrag/> (21.5.2019).

⁵² Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 6.

⁵³ Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 3.

⁵⁴ Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 134.

Wird dazwischen mündlich verhandelt, darf kein zweites, sondern nur ein weiteres erstes Versäumnisurteil ergehen.⁵⁵ Ein erstes Versäumnisurteil ergeht auch, wenn der Einspruchsgegner in dem Einspruchstermin (zum ersten Mal) säumig ist. Es kann dann ein erstes Versäumnisurteil gegen ihn ergehen. Unverschuldet ist die Säumnis, wenn die Partei trotz aller ihr zumutbaren Anstrengungen an der Wahrnehmung des Termins gehindert war. Den Parteien ist das Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten gem. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen.

In Beispielsfall 10 war fraglich, ob dem Beklagten an seinem Nichterscheinen ein Verschulden traf. Der Beklagte selbst war zwar nicht schuldhaft zum Termin nicht erschienen, jedoch steht gem. § 85 Abs. 2 ZPO das Verschulden des Prozessbevollmächtigten dem Verschulden der Partei gleich. Der BGH verneinte jedoch ein dem Beklagten zurechenbares Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, da es sich bei der bloßen Eintragung von Terminen in einen Terminkalender um einfache Tätigkeiten handelt, für die keine juristischen Fachkenntnisse erforderlich sind und bei denen auch keine Berechnungen vorzunehmen sind. Es genügt daher, wenn der Rechtsanwalt die allgemeine Weisung erteilt, den Termin in den Kalender einzutragen. (Eine Zurechnung entsprechend § 278 BGB findet nicht statt!) Gegen den Beklagten war mithin kein technisch zweites Versäumnisurteil zu erlassen.

3. Prozessantrag und keine Hinderungsgründe

Es muss ein Antrag der gegnerischen Partei vorliegen⁵⁶ und es dürfen keine Ausschlussgründe nach §§ 335, 337 ZPO bestehen.⁵⁷

4. Gesetzmäßigkeit des Versäumnisurteils (str.)

Umstritten ist, ob das Gericht im Einspruchstermin prüfen muss, ob das erste Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist. Nach einer Ansicht gehört die Frage der Gesetzmäßigkeit des ersten Versäumnisurteils zum Prüfungsumfang des Gerichts. Eine erneute Prüfung müsse im Interesse einer materiell gerechten Entscheidung erfolgen.⁵⁸ Hiernach hat das Gericht bei Fehlen von Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit das erste Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage durch kontradiktorisches Urteil abzuweisen. Die Zulässigkeit der Klage sei von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen.⁵⁹

Nach anderer Auffassung hat das Gericht ein technisch zweites Versäumnisurteil auch in den Fällen zu erlassen, in denen das erste Versäumnisurteil nicht hätte erlassen werden

dürfen.⁶⁰ Das zentrale Argument hierfür folge aus dem Umkehrschluss zu § 700 Abs. 6 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist eine nachzuholende Schlüssigkeitsprüfung gerade erforderlich, was § 345 ZPO dagegen nicht vorsieht.⁶¹ Wegen der unterschiedlichen Rechtsauffassung zwischen dem BGH und dem BAG und der daraus resultierenden Unterschiede im Zivilprozess einerseits und Arbeitsgerichtsverfahren andererseits, wird eine Vorlage an den *Gemeinsamen Senat* nach § 2 RsprEinhG für erforderlich gehalten.⁶²

XI. Entscheidungen des Gerichts

Ist der Einspruch zulässig, die säumige Partei aber im Einspruchstermin oder in dem Termin, auf den ohne Verhandlung vertragen wurde, wiederum säumig, wird der Einspruch auf Antrag verworfen (§ 345 ZPO), allerdings nicht wie bei § 341 Abs. 1 S. 2 ZPO als unzulässig.⁶³ In Fällen des § 337 ZPO ist der Einspruchstermin zu vertagen.⁶⁴ Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO entsprechend. Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 2 ZPO.⁶⁵

Formulierungsvorschlag: Der Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom [...] wird verworfen.

Der Beklagte trägt auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

Das zweite Versäumnisurteil ist ein Urteil sui generis.⁶⁶ Die üblicherweise vorgenommene Unterscheidung zwischen Prozessurteil und Sachurteil bezieht sich auf die Trennung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit der Klage.⁶⁷ Der Einspruch kennt aber keine Begründetheit. Es kommt mithin zu keiner Sachentscheidung, sondern bei zulässigem Einspruch nur zu der gesetzlichen Folge des § 342 ZPO.⁶⁸

Wird dagegen im Einspruchstermin verhandelt, erlässt das Gericht bei Säumnis eines Beteiligten auf Antrag ein erneutes erstes Versäumnisurteil gegen die säumige Partei.⁶⁹

XII. Anfechtung des technisch zweiten Versäumnisurteils

Gegen das technisch zweite Versäumnisurteil kann die säumige Partei keinen Einspruch mehr einlegen (§ 345 ZPO).

⁵⁵ Reichold (Fn. 1), § 345 Rn. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 31), § 105 Rn. 71.

⁵⁶ Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 26; Kießling, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2019, § 345 Rn. 4; Toussaint (Fn. 2), § 345 Rn. 7.

⁵⁷ Vgl. Teil 1, Behrens, ZJS 2019, 15 ff. unter II. 5.

⁵⁸ BAG NZA 1994, 1102; LAG Frankfurt NZA 1993, 816; Bartels, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, Bd. 5, 23. Aufl. 2015, § 345 Rn. 7; Herget (Fn. 6), § 345 Rn. 4.

⁵⁹ Bartels (Fn. 58), § 345 Rn. 7.

⁶⁰ BGH NJW 1986, 2113; Hartmann, in: Baumbach u.a., Kommentar zur ZPO, 77. Aufl. 2019, § 345 Rn. 6; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, § 345 Rn. 9; Reichold (Fn. 1), § 345 Rn. 4.

⁶¹ Prütting (Fn. 60), § 345 Rn. 9 ff., 15 mit weiteren Argumenten nach den klassischen Arten der Gesetzesauslegung.

⁶² Stadler/Jarsumbek, JuS 2006 134 (135).

⁶³ Bartels (Fn. 58), § 345 Rn. 13; Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 33.

⁶⁴ BGH NJW 1998, 3125.

⁶⁵ Reichold (Fn. 1), § 345 Rn. 6.

⁶⁶ Prütting (Fn. 60), § 345 Rn. 23; Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 134 (135); Toussaint (Fn. 2), § 345 Rn. 7.

⁶⁷ Prütting (Fn. 60), § 345 Rn. 23.

⁶⁸ Zum Streitstand ausführlich Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 27 m.w.N.

⁶⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 31), § 107 Rn. 71.

Könnte die säumige Partei uneingeschränkt Einspruch einlegen, führte dies zu einer endlosen Verzögerung des Verfahrens. Das Verfahren würde dann gem. § 342 ZPO immer in die Lage vor Eintritt der Säumnis zurückversetzt werden, so dass eine Entscheidung des Gerichts nie rechtskräftig ergehen könnte.⁷⁰ Die andere Partei kann die Prozessverschleppung allerdings dadurch verhindern, dass sie einen Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten gem. § 31a ZPO stellt.⁷¹ Statthafes Rechtsmittel ist somit nur Berufung nach § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO und nur insoweit, als es auf einen Grund gestützt wird, dass ein Fall der schuldhaften Versäumung nicht vorgelegen, dass ein Fall des § 335 Abs. 1 ZPO vorgelegen habe oder dass die Verhandlung wegen entschuldbaren Nichterscheinen der Partei nach § 337 S. 1 ZPO habe vertagt werden müssen.⁷² Andere Gründe sind ausgeschlossen.⁷³ Die Zulässigkeit des Rechtsmittels hängt von der schlüssigen Darlegung der entsprechenden Tatsachen ab.⁷⁴ Die Zulässigkeit der Berufung ist nicht vom Wert des Beschwerdegegenstands oder der Zulassung abhängig (§ 514 Abs. 2, Abs. 4 S. 2 in Verbindung mit § 511 Abs. 2 ZPO). Dagegen ist eine Berufung mit der Begründung ausgeschlossen, das erste Versäumnisurteil hätte wegen eines Fehlers des Gerichts nicht ergehen dürfen, etwa weil vor Erlass des ersten Versäumnisurteils gar kein Fall schuldhafter Säumnis vorlag oder das Versäumnisurteil wegen Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit nicht ergehen durfte.⁷⁵ Bezeichnet das Gericht irrtümlich ein zweites Versäumnisurteil als erstes, dann soll der betroffenen Partei nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung die Wahl zwischen Einspruch und Berufung zustehen.⁷⁶

Eine Anfechtung des zweiten Versäumnisurteils wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kommt wegen § 321a ZPO nach wohl überwiegender Auffassung nicht mehr in Betracht.⁷⁷

XIII. Besonderheiten bei Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid

Im Gegensatz zum Einspruch gegen ein Versäumnisurteil, ist bei einem Einspruch gegen ein Vollstreckungsbescheid, der gem. § 700 Abs. 1 ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichsteht, eine erneute Sachprüfung erforderlich, da der Mahnbescheid gem. § 692 Abs. 1 Nr. 2

ZPO ohne Schlüssigkeitsprüfung erlassen wird und eine richterliche Prüfung der vollstreckbaren Entscheidung bis zu diesem Zeitpunkt somit noch nicht stattgefunden hat.⁷⁸ Der gem. § 20 Nr. 1 RPfIG für den Erlass zuständige Rechtspfleger prüft nur, ob der Antragsgegner nicht rechtzeitig Widerspruch gegen den vorgeschalteten Mahnbescheid eingelegt hat (§ 699 Abs. 1 S. 1 ZPO). Im Säumnistermin ist daher wegen § 700 Abs. 6 ZPO die Zulässigkeit des Erlasses eines Vollstreckungsbescheides und vor allem die Schlüssigkeit des Anspruchs zu prüfen. Nur dann darf der Einspruch verworfen werden; es dürfen also insbesondere keine Zurückweisungsgründe nach §§ 335, 337 ZPO bestanden haben. Ist der Einspruch zulässig, gibt das Mahngericht den Rechtsstreit an das Empfangsgericht ab.

XIV. Säumnis in der Rechtsmittelinanz

Ist die Berufung unzulässig wird sie gem. § 522 Abs. 1 ZPO durch Prozessurteil oder Beschluss verworfen, auch wenn die eine oder die andere Partei säumig ist, da das Urteil bzw. der Beschluss auf der Unzulässigkeit beruht.⁷⁹ Ein Versäumnisurteil ergeht erst, wenn Berufung und Klage zulässig sind.⁸⁰ Ist der Berufungsführer in der Berufungsverhandlung säumig, wird seine Berufung auf Antrag der anderen Partei gem. §§ 539 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen.⁸¹ Ist dagegen der Berufungsgegner säumig, bestimmt § 539 Abs. 2 ZPO, dass das Berufungsgericht der schlüssigen Berufung durch Versäumnisurteil stattgibt. Ist die Berufung unschlüssig, wird sie durch Sachurteil zurückgewiesen.

Hinsichtlich des Inhalts des Versäumnisurteils ist danach zu unterscheiden, ob der Berufungsführer Kläger oder Beklagter ist. Im Falle der Berufung durch den Kläger wird das angefochtene Urteil aufgehoben und der Beklagte verurteilt. Ist hingegen der Beklagte Berufungsführer, wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Im Übrigen gelten gem. § 539 Abs. 3 ZPO die §§ 330 ff. ZPO entsprechend.⁸² Für die Revision gelten nach §§ 565, 555 Abs. 1 S. 1 ZPO die §§ 539, 330 ff. ZPO entsprechend.

⁷⁰ Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, S. 621 f.

⁷¹ Musielak/Voit (Fn. 5), Rn. 355

⁷² Schwab (Fn. 44), Rn. 282.

⁷³ KG Berlin MDR 2007, 49; Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 134 (136).

⁷⁴ BGH NJW-RR 2016, 60; BGH NJW 2006, 448.

⁷⁵ BGH NJW-RR 2007, 1363 (1363); BGH NJW 1986, 2113; BGH NJW 2016, 642 (643); BAG AP § 513 ZPO Nr. 6; Rimmelpacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, § 514 Rn. 17; a.A. Herget (Fn. 6), § 345 Rn. 4.

⁷⁶ BGH NJW 1999, 2599.

⁷⁷ Ball, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 16. Aufl. 2019, § 514 Rn. 12; Heßler, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 514 Rn. 5; Wörstmann, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2019, § 514 Rn. 8; a.A. Rimmelpacher (Fn. 75), § 514 Rn. 16.

⁷⁸ Prütting (Fn. 58), § 514 Rn. 15.

⁷⁹ Schellhammer, Zivilprozess, 15. Aufl. 2016, Rn. 1561.

⁸⁰ Schellhammer (Fn. 79), Rn. 1561.

⁸¹ OLG Celle MDR 1993, 686; Schlosser, Jura 1981, 141 (145).

⁸² Schellhammer (Fn. 79), Rn. 1561.

XV. Zusammenfassende Übersicht

