

Titel 3 Versäumnisurteil

§ 330 Versäumnisurteil gegen den Kläger. Erscheint der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, dass der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

A. Normzweck. Nach § 330 kann der Beklagte bei Säumnis des Klägers ohne sachliche Prüfung des gegen ihn geltend gemachten Anspruchs ein der Rechtskraft fähiges Urte auf Abweisung der Klage erreichen (RGZ 7, 395, 397; BGHZ 35, 338, 341; 153, 239, 243). Die CPO wick damit vor früheren Prozessordnungen ab, in denen das Versäumnisurteil gegen den Kl ein Prozessurteil war, so dass eine neue Klage erhoben werden konnte (zur Gesetzesgeschichte: *Schubert* FS Egon Schneider, 92, 94). Das gilt nur noch in eigenen Sonderfällen (s. Rz 5, 14)

Nach den Gesetzesmaterialien steht die Säumnis des Klägers einem Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch gleich (Mot zur CPO, 230 = Hahn/Mugdan, Materialien, 293). Da das Versäumnisurteil nach § 330 aus Gründen der Rechtssicherheit dem Verzichtsurteil nach § 306 entsprechende Rechtsfolgen herbeiführen soll, kommt es nicht darauf an, wie das Gericht nach dem Parteivortrag über den Anspruch entschieden hätte (stRspr: RGZ 7, 395, 397; BGHZ 35, 338, 341; 153, 239, 243; aA tw die Lit: Musielak/*Stadler* Rn 4; *Reischl* ZZZ 116, 493, 496).

B. Voraussetzungen des Erlasses des Versäumnisurteils gegen den Kläger. I. Anwendungsbereich. Die Vorschriften über das Versäumnisurteil setzen die Obliegenheit der Parteien zur Mitwirkung im Verfahren durch Antragstellung und Beibringung von Tatsachen voraus. Sie sind unanwendbar in allen Verfahren, in denen der Untersuchungsgrundsatz gilt. Die §§ 330 ff galten daher in den Verfahren nach dem FGG – auch den sog echten Streitsachen – nicht (Bassenge/Roth Einl Rn 53; Jansen/v. König/v. Schuckmann, 3. Aufl, vor §§ 8–18 Rn 69). In den Streitigkeiten nach der ZPO sind die §§ 330 ff anwendbar, wenn auf Grund mündlicher Verhandlung (§ 128 I) und nicht im schriftlichen Verfahren (§ 128 II, III) entschieden wird. § 331 III macht hiervon eine Ausnahme, in dem er das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren zulässt.

Unmittelbar einschlägig sind die §§ 330 ff für **erstinstanzliche Verfahren** nach der ZPO vor den Landgerichten und gem der Verweisung in § 495 vor den Amtsgerichten. Für die **Rechtsmittelinstanzen** gelten besondere, an das Nichterscheinen oder Nichtverhandeln des Rechtsmittelklägers oder -beklagten anknüpfende Bestimmungen (§§ 539, 565), wobei die Vorschriften für das erstinstanzliche Verfahren sinngemäß anzuwenden sind. Das das Rechtsmittel zurückweisende Versäumnisurteil ist jedoch entgegen der hM (dazu § 539 Rz 10; wie hier *Stamm* ZZZ 09, 399, 417) nur ein auf die Zurückweisung des Rechtsmittel lautendes Prozessurteil; so dass sich die materielle Rechtskraft (§ 322 I) nach dem Inhalt des (rechtskräftig gewordenen) erstinstanzlichen Urteils bestimmt.

Für die **Verfahren nach dem FamFG** gelten die Vorschriften über das Versäumnisverfahren grds nicht. Sie sind jedoch auf Grund der allg Verweisung in § 113 I 2 FamFG auf die ZPO für die **Ehesachen** und die **Familienstreitsachen** (nach § 112 FamFG sind dies Unterhalts-, Güterrechts- und sonstige Familiensachen) entsprechend anzuwenden. In den **Ehesachen** ergeht eine Versäumnisentscheidung gegen den Antragsteller nach § 130 I FamFG nur mit der Rechtsfolge, dass der Antrag als zurückgenommen gilt (s. iÜ § 331 Rz 2 und § 331a Rz 3). In **Baulandsachen** kann nach § 227 III BauGB nur nach Lage der Akten, jedoch nicht durch Versäumnisurteil entschieden werden.

II. Vorliegen der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen. Da das Versäumnisurteil über den Anspruch entscheidet, hat das Gericht das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen vAw zu prüfen. Beantragt der Beklagte den Erlass des Versäumnisurteils, muss er nach § 335 I Nr 1 diese Voraussetzungen dem Gericht nachweisen (MüKoZPO/*Prütting* Rn 24; Musielak/*Stadler* Rn 2; St/J/*Grunsky* Rn 7; aA *Wieczorek/Schütze/Borck* v § 330 Rn 64 ff unter Hinweis auf RGZ 50, 384, 386). Soweit Mängel der gerichtlichen Zuständigkeit nach § 39 oder der Klageschrift nach § 295 geheilt werden können, kann der Beklagte die Fehler beheben, indem er das Versäumnisurteil beantragt. Str ist, ob der Beklagte dann nach Einspruch des Klägers diese Mängel noch rügen kann (dazu § 342 Rz 6 f).

III. Säumnis des Klägers. Voraussetzung eines Urteils nach §§ 330 ff ist die **Säumnis des Klägers**. Eine Partei ist säumig, wenn sie trotz ordnungsgemäßer Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht nach Aufruf der Sache am hierzu bestimmten Ort nicht erscheint, bei notwendiger Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht durch einen am Prozessgericht zugelassenen

Rechtsanwalt vertreten ist oder nicht zur Sache verhandelt (BGHZ 141, 351, 354). Der Verhandlung muss ein **Aufruf der Sache** (§ 220 I) vorausgehen (BVerfGE 42, 364, 371), der nicht nur im Sitzungssaal, sondern auch auf dem Gerichtsflur zu hören sein muss (KG MDR 74, 52; LG Hamburg NJW 77, 1459) und frühestens zur angesetzten Terminszeit erfolgen darf. Der Aufruf soll die Partei in die Lage versetzen, den Termin wahrzunehmen. Säumnis liegt daher trotz fehlerhaften Aufrufs vor, wenn die ordnungsgemäß geladene Partei vom Beginn der bestimmten Terminszeit an bis einem späteren Schluss der Verhandlung nicht im Gericht anwesend gewesen ist (KG NJW 87, 1338, 1339).

- 8 **Fehlendes Verschulden** schließt nicht die Säumnis aus, begründet jedoch ein Vertagungsgebot nach § 337 S 1. Ein Versäumnisurteil darf dann nicht erlassen werden (RGZ 166, 246, 248; BGH NJW 76, 196). Das Gericht muss für die unverschuldete Säumnis konkrete Anhaltspunkte haben (StJ/*Grunsky* Rn 7). Es obliegt daher der Partei, die nicht oder nicht rechtzeitig erscheinen kann, dem Gericht die Verhinderung und deren Grund vorher mitzuteilen (vgl. BGH NJW 06, 448, 449; Celle NJW 04, 2534, 2535).
- 9 **Standesrechtliche Gebote**, die früher einem Anwalt ggü seinem Kollegen die Pflicht zur Ankündigung eines Antrags auf das Versäumnisurteil auferlegten, bestehen nicht mehr. Auch die anwaltlich vertretende säumige Partei muss daher damit rechnen, dass der Gegner das Versäumnisurteil beantragt (s. § 337 Rz 8).
- 10 **IV. Antrag des Beklagten.** Ein Versäumnisurteil setzt den **Prozessantrag der erschienenen Partei** auf dessen Erlass voraus (HK-ZPO/*Pukall*, v § 330, Rn 6). Dieser Antrag ist von demjenigen auf Klageabweisung zu unterscheiden. Der Antrag zur Hauptsache kann aber dahin auszulegen sein kann, dass mit ihm zugleich die Entscheidung durch Versäumnisurteil beantragt wird (BGHZ 37, 79, 83; Kobl FamRZ 90, 894). Das Prozessgericht ist nach § 139 I gehalten, auf eine dem Begehren des Beklagten entsprechende Antragstellung hinzuwirken und Zweifel zu klären (MüKoZPO/*Prütting* Rn 6; StJ/*Grunsky* Rn 11; *Wieczorek/Schütze/Borck* Rn 6).
- 11 Nach heute hM kann der Beklagte gegen den säumigen Kl auch den **Antrag auf eine Entscheidung durch Prozessurteil** stellen (Musielak/*Stadler* Rn 2; StJ/*Grunsky* Rn 4; ThoPu/*Reichold* Rn 3). Eine solche Befugnis ist einzuräumen, weil das Gericht so entscheiden muss, wenn es an einer unverzichtbaren Prozessvoraussetzung fehlt (dazu Rz 17). Der Beklagte kann ein die Instanz beendendes **Sachurteil** gegen den säumigen Kl nur erreichen, indem er nach § 331a eine **Entscheidung nach Lage der Akten** beantragt (MüKoZPO/*Prütting* Rn 26; Musielak/*Stadler* Rn 3; StJ/*Grunsky* v § 330 Rn 24).
- 12 Schließlich kann sich der Beklagte dazu entschließen, angesichts der Säumnis des Klägers den **Antrag auf ein Versäumnisurteil nicht zu stellen**. Das hat allerdings zur Folge, dass er selbst säumig wird und dem Gericht die Entscheidungsmöglichkeiten nach § 251a eröffnet (Köln NJW-RR 91, 1022, 1023, *Zweibr* FamRZ 83, 1154, 1155; s. Rz 20).
- 13 **V. Keine Zurückweisungsgründe nach § 335 I Nr 1, 2 und 5.** Das Gericht darf dem Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils nur entsprechen, nachdem es festgestellt hat, dass die **in § 335 I ZPO bestimmten Hindernisse nicht vorliegen**. Die vAw zu beachtenden Verfahrensmängel (§ 335 I Nr. 1) müssen – soweit möglich – von dem Beklagten behoben worden sein (Rz 6). Der Termin muss ordnungsgemäß durch Ladung (§ 214) oder in einer verkündeten Entscheidung (§ 218) anberaumt worden sein (s. § 335 Rz 5). § 335 I Nr. 3 ist dagegen hier nicht anzuwenden, da die Klageabweisung nach § 330 ohne Rücksicht auf das tatsächliche Vorbringen der Parteien zum Anspruch erfolgt. Nr 4 betrifft das Versäumnisurteil gegen den Beklagten im schriftlichen Vorverfahren. Anwendbar ist § 335 I Nr 5, wenn das Gericht im Parteiprozess den Bevollmächtigten des Klägers erst im Termin zurückweist oder ihm die weitere Vertretung untersagt (s. § 335 Rz 12).
- 14 **C. Entscheidungen des Gerichts. I. Das Versäumnisurteil gegen den Kläger.** Beantragt der Beklagte das Versäumnisurteil und liegen die erforderlichen Voraussetzungen vor, so muss das Gericht die Klage durch Versäumnisurteil abweisen. Ein Ermessensspielraum steht ihm nicht zu. Der Inhalt der Entscheidung ergibt sich aus § 313b. Der **Tenor** des Urteils nach § 330 lautet auf Abweisung der Klage; nur in Ehesachen ist das Urte dahin zu erlassen, dass die Klage als zurückgenommen gilt (§ 130 I FamFG – zum FamFG iÜ s.o. Rz 5). In Widerspruchsverfahren nach §§ 872 ff ist nach § 881 zu tenorieren. Die **Verkündung** ist vor schriftlicher Abfassung der Formel zulässig (§ 311 II 3).
- 15 **Tatbestand und Gründe** sind grds entbehrlich (§ 313b). Rechtliche Ausführungen zum Anspruchsgrund sind reine obiter dicta und sollten unterbleiben, weil die Klageabweisung ohne Sachprüfung erfolgt (BGHZ 35, 338, 341) und das Gericht auch eine nach Aktenlage begründete Klage abweisen muss.

Das Urte ist nach § 313b I 2 als **Versäumnisurteil zu bezeichnen**, was aber nicht darüber entscheidet, ob ein 16
 Versäumnis- oder ein kontradiktorisches Urte vorliegt. Ausschlaggebend ist der objektive Inhalt des Urteils (RGZ 50, 384, 388; 90, 42, 43; BGH VersR 84, 1099, 1100; NJW 99, 583, 584). Eine Klageanweisung als unzulässig wegen Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung ist ein kontradiktorisches Urte, selbst wenn es als Versäumnisurteil erlassen worden ist (BGH NJW 99, 583, 584).

II. Das Prozessurteil gegen den Kläger. Eine Klageabweisung nach § 330 darf nur ergehen, wenn die Pro- 17
 zessvoraussetzungen vorliegen; was vAw zu prüfen ist (OGHZ 1, 354, 355; Münzberg AcP 159, 41, 52 f). **Fehlt es an den Sachurteilsvoraussetzungen** und kann der Mangel nicht behoben werden, ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif und die **Klage durch Prozessurteil als unzulässig** abzuweisen (BGH NJW-RR 86, 1041; GRUR-RR 01, 48; München OLGZ 88, 488, 490; Schlesw SchlHA 09, 334, 335; aA früher RGZ 50, 384, 386; 140, 77, 78; offen gelassen in RGZ 159, 357, 358; nun auch hM in der Lit: MüKoZPO/Prütting Rn 20; Musielak/Stadler v § 330 Rn 12; StJ/Grunsky v. § 330 Rn 20; ThoPu/Reichold Rn 3; aA B/L/A/H Rn 11; Braun ZZP 93, 443, 463 Fn 73; Wiczorek/Schütze/Borck § 330 Rn 72 ff). Der hM ist zuzustimmen, da über eine unzulässige Klage kein der Rechtskraft fähiges Sachurteil ergehen darf (vgl BGH NJW 61, 2207 für ein VU gegen den Beklagten).

Vor dem Prozessurteil ist dem säumigen Kl Gelegenheit zu geben, zu den Bedenken gegen die Zulässigkeit 18
 Stellung zu nehmen (BGH NJW-RR 86, 1041); das rechtliche Gehör kann vor oder auch nach dem Termin, muss aber vor der Entscheidung gewährt werden.

Beantragt der Beklagte Entscheidung durch Versäumnisurteil, so darf das Gericht nicht durch kontradikto- 19
 risches Endurteil gegen den Kl entscheiden, selbst wenn es einen Fall der Säumnis – zB wegen teilweisen Verhandeln des Klägers – nicht für gegeben hält (Kobl NJW-RR 91, 1087). In solchen Fällen hat das Gericht nach § 139 I 2 den Beklagten auf den sachdienlichen Antrag – in diesem Fall auf Klageabweisung durch Endurteil nach § 300 I – hinzuweisen.

III. Entscheidungen des Gerichts nach § 251a. Erscheint der Kl nicht und stellt der Beklagte gleichwohl 20
 nicht den Antrag auf Entscheidung durch Versäumnisurteil, so liegt darin ein **Nichtverhandeln**, mit der Folge, dass auch er nach § 333 säumig wird und das Gericht die in § 251a vorgesehenen Entscheidungsmöglichkeiten hat (Zweibr FamRZ 83, 1154, 1155). Hierbei sollte das Gericht prüfen, ob der Beklagte nicht gute Gründe für sein Verhalten hat, die eine Vertragung nach § 227 I rechtfertigen, bevor es gegen den Willen beider Parteien vAw nach Lage der Akten entscheidet (§ 251a I) oder das Ruhen des Verfahrens (§ 251a III) anordnet (Wiczorek/Schütze/Borck Rn 11 ff).

D. Die Rechtsbehelfe des Klägers. Gegen ein im ersten Rechtszug ergangenes erstes **Versäumnisurteil** 21
 (Rz 14 ff) steht dem Kl der Einspruch nach § 338 zu. Gegen ein die Klage als unzulässig verwerfendes **Prozessurteil** (Rz 17 ff) ist die Berufung nach § 511 gegeben. Ist die Entscheidung in einer falschen Form verlaublich worden, steht dem Kl nach dem **Grundsatz der Meistbegünstigung** sowohl das nach der Art der ergangenen als auch das bei korrekter Entscheidung zulässige Rechtsmittel zu (BGH NJW 99, 583, 584).

§ 331 Versäumnisurteil gegen den Beklagten. (1) ¹Beantragt der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. ²Dies gilt nicht für Vorbringen zur Zuständigkeit des Gerichts nach § 29 Abs. 2, § 38.

(2) Soweit es den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

(3) ¹Hat der Beklagte entgegen § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 nicht rechtzeitig angezeigt, dass er sich gegen die Klage verteidigen wolle, so trifft auf Antrag des Klägers das Gericht die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung; dies gilt nicht, wenn die Erklärung des Beklagten noch eingeht, bevor das von den Richtern unterschriebene Urteil der Geschäftsstelle übermittelt ist. ²Der Antrag kann schon in der Klageschrift gestellt werden. ³Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist auch insoweit zulässig, als das Vorbringen des Klägers den Klageantrag in einer Nebenforderung nicht rechtfertigt, sofern der Kläger vor der Entscheidung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist.

A. Normzweck. Abs 1 S 1 fingiert ein Geständnis (entspr § 288 I 1) des säumigen Beklagten zu den vom 1
 Kl zur Anspruchsbegründung vorgetragenen Tatsachen. Dieser muss sein Vorbringen nicht glaubhaft machen; das Versäumnisurteil soll auch ergehen, wenn der Richter Zweifel an der Wahrheit hat (Mot zur

CPO, 230 = Hahn/Mugdan, Materialien, 294). Mit dem durch die Zivilprozessnovelle 1974 (BGBl I 753) eingefügten § 2 sind der Vortrag zur Vereinbarung eines Erfüllungsorts (§ 29 II) oder eines Gerichtsstands (§ 38) von der Geständnisfiktion ausgenommen und die die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts betreffenden Voraussetzungen dem Amtsprüfungsgrundsatz unterworfen worden (*Vollkommer* Rpfleger 74, 129, 138). Abs 2 schreibt dem Gericht eine Prüfung der Schlüssigkeit des tatsächlichen Vorbringens vor. Der mit der Vereinfachungsnovelle 1976 (BGBl I 3281) eingefügte Abs 3 ermöglicht ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren. Dieses Versäumnisurteil dient dazu, die nicht wirklich streitigen Verfahren mit einem für das Gericht möglichst geringen Arbeitsaufwand zu erledigen (BTDRs 7/2729, 70, 80).

- 2 **B. Die Säumnis des Beklagten in einem Verhandlungstermin. I. Die Voraussetzungen des Versäumnisurteils gegen den Beklagten. 1. Anwendungsbereich der Norm.** Die Vorschriften über das Versäumnisverfahren müssen allgemein anwendbar sein (s. § 330 Rz 3 ff). In **Ehesachen** (§§ 121 ff FamFG) sind Versäumnisentscheidungen gegen den Antragsgegner nach § 130 II FamFG unzulässig. In den **Verbundsachen** (§§ 137 ff FamFG) ist nunmehr stets einheitlich durch Beschl zu entscheiden, auch soweit eine Versäumnisentscheidung zu treffen ist (§ 142 I FamFG). Der auf Säumnis beruhende Teil der Entscheidung ist – wie bisher (vgl BGH FamRZ 94, 1521; Zweibr FamRZ 96, 1483) – mit dem Einspruch anzufechten, über den nach § 143 FamFG ggf vorab zu verhandeln und zu entscheiden ist.
- 3 **2. Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen.** Die vAw zu prüfenden **Sachurteilsvoraussetzungen** müssen vorliegen (s.o. § 330 Rz 6), was vom Kl darzulegen und zu beweisen ist (BGH NJW 61, 2207). Das gilt nach Abs 1 S 2 auch für den Vortrag zu den Voraussetzungen einer nach § 38 I, II ZPO zulässigen Gerichtsstandsvereinbarung. Zum Beweis zulässiger Prorogation (§ 38 I) bedarf es keines urkundlichen Nachweises der Kaufmannseigenschaft durch Registerauszug; dem Kl stehen – auch im Urkundenprozess – alle Beweismittel zur Verfügung (Frankf MDR 75, 232; ZIP 1981, 664; Karlsru MDR 02, 1269). Zweckmäßigerweise ist in solchen Fällen zumindest hilfsweise ein Antrag auf Verweisung nach § 281 I 1 stellen.
- 4 Die **Heilung behebbarer Mängel** durch Einlassung zur Sache (§ 39) oder durch rügeloses Verhandeln (§ 295) scheidet bei Säumnis des Beklagten aus. Das weitere Verfahren des Gerichts bestimmt sich danach, ob der Mangel noch behoben werden kann oder nicht (dazu Rz 23 ff).
- 5 **3. Säumnis des Beklagten.** Der Beklagte muss in dem Termin nicht erschienen sein oder nicht verhandeln. Insoweit gilt dasselbe wie für die Säumnis des Klägers (s. § 330 Rz 7). Es darf kein Vertagungsgrund nach § 337 vorliegen, also insb keine Anhaltspunkte dafür geben, dass der Beklagte ohne sein Verschulden am Erscheinen verhindert ist (s. § 330 Rz 8, 9).
- 6 **4. Antrag des Klägers.** Das Urte nach Abs 2 setzt den **Prozessantrag** des Klägers auf Erlass des Versäumnisurteils voraus. Dieser Antrag ist Grundlage dafür, dass ein Sachurteil gegen den Beklagten ohne Berücksichtigung auch der dem Richter bekannten Einwendungen ergehen kann (RGZ 28, 393, 397). Ein Versäumnisurteil ist nicht zulässig, wenn der Kl nach einem Anerkenntnis des Beklagten, das auch schriftlich ggü dem Prozessgericht erklärt sein kann (HK-ZPO/Saenger § 307 Rn 4), ein Urte gem § 307 I beantragt (MüKoZPO/Prütting Rn 6). Der Prozessantrag ist vom **Sachantrag** zu unterscheiden, der nicht die Art, sondern den Inhalt der begehrten Entscheidung bezeichnet. Die hM geht jedoch davon aus, dass der Sachantrag auch den Prozessantrag enthalten kann (s. § 330 Rz 10).
- 7 Der Kl kann statt des Versäumnisurteils eine Entscheidung nach Lage der Akten gem. § 331a beantragen. Schließlich kann der Kl eine Vertagung anregen, was sich nach einem richterlichen Hinweis auf eine notwendige Ergänzung des Vorbringens empfiehlt. Das Gericht muss einem Antrag auf Vertagung aber nicht entsprechen, sondern hat darüber nach § 251a III iVm § 227 zu entscheiden (MüKoZPO/Prütting Rn 7; Musielak/Stadler Rn 5; *Kramer* NJW 77, 1657, 1662).
- 8 **5. Keine Zurückweisungsgründe nach § 335 I.** Das Versäumnisurteil darf nicht ergehen, wenn die in § 335 I Nr. 1 bis 3, 5 genannten Gründe für die Zurückweisung des Prozessantrags vorliegen. Dessen Erlass hat zu unterbleiben, wenn vAw zu beachtende, noch ausräumbare Verfahrensmängel vorliegen (s. § 335 Rz 4) oder der Beklagte nicht ordnungsgemäß zu dem Termin geladen worden war (s. § 335 Rz 5). Für ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten müssen zudem das den Klageanspruch begründende tatsächliche Vorbringen und die Sachanträge nach § 335 I Nr 3 rechtzeitig mitgeteilt worden sein (s. § 335 Rz 7 ff). Schließlich darf im Parteiprozess ein Versäumnisurteil nicht ergehen, wenn der Bevollmächtigte erst im oder unmittelbar vor dem Termin zurückgewiesen oder ihm die weitere Vertretung untersagt wird (s. § 335 Rz 12 ff).

6. Schlüssigkeit des Klagevorbringens (Abs 2). Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten setzt die **Schlüssigkeit des Klagevorbringens** voraus. Der Sachvortrag des Klägers ist schlüssig, wenn dieser Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in dessen Person entstanden erscheinen zu lassen. Die **Angabe näherer Einzelheiten** (oft fehlerhaft als Substantiierung gefordert) **ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolge nicht von Bedeutung** sind (BGH NJW 05, 2710, 2711). Hierauf ist gerade bei der Prüfung der Schlüssigkeit nach § 331 zu achten, da eine tatrichterliche Prüfung der Wahrscheinlichkeit der Behauptungen des Klägers gerade nicht stattfinden soll (s. Rz 1).

Der Schlüssigkeit steht es entgegen, wenn der Kl selbst **rechtsvernichtende oder –hindernde Tatsachen** vorträgt. Eine Partei, die eine ihr ungünstige Behauptung aufstellt, muss es sich gefallen lassen, dass das Gericht diese zu ihren Ungunsten verwertet (RGZ 94, 348, 349). Das gilt auch für die **Einrede der Verjährung**. Sie ist zu berücksichtigen, wenn der Kl deren Erhebung selbst vorträgt (BGH NJW 99, 2120, 2123; Ddorf NJW 91, 2089, 20909. Ist sie jedoch nur vom Beklagten in einem früheren Termin erhoben worden, soll sie – wie anderes Vorbringen des Beklagten – nach § 332 unberücksichtigt bleiben (so: *Nierwetberg ZZZ* 98, 442, 446; *MüKoZPO/Prütting* Rn 18; aA. *St/J/Grunsky* Rn 12). Str ist va die Behandlung des »Normalfalls«, wenn der Kl auf die von dem im Termin säumigen Beklagten schriftsätzlich vorgebrachte Einrede mit Rechtsausführungen reagiert hat. Mit der wohl hM ist die Einrede hier im Zweifel nicht zu berücksichtigen, weil der Beklagte seinen schriftlichen Vortrag nur in mündlicher Verhandlung in den Prozess einführen kann (BGH NJW 99, 2120, 2123).

7. Geständnisfiktion und Grenzen. Die Säumnis des Beklagten bewirkt, dass das **gesamte** (rechtzeitig vortragene) **tatsächliche Vorbringen** des Klägers als zugestanden anzunehmen ist. Ausgenommen sind die einem Geständnis nicht zugänglichen, vAw zu prüfenden Sachurteilsvoraussetzungen (s. Rz 3), was nach Abs 1 S 2 auch für das Vorbringen des Klägers zu Vereinbarungen über den Erfüllungsort- und den Gerichtsstand gilt.

Die Geständnisfiktion gilt **nicht für Rechtsfragen, Erfahrungs- und Rechtssätze**, zu denen auch das **ausländische Recht** nach § 293 gehört (*MüKoZPO/Prütting* Rn 13; *Musielak/Stadler* Rn 8; *St/J/Grunsky* Rn 9; *Wieczorek/Schütze/Borck* Rn 22; aA München NJW 76, 489 mit abl Anm *Küppers*). Geständnisfähiger Vortrag dazu ist dagegen das Vorbringen des Klägers zu einer Rechtswahl nach Art 27 EGBGB (*Musielak/Stadler* aaO).

Im **Urkundenprozess** (§§ 592 ff) gilt die Geständnisfiktion nach § 597 II nicht für die in dieser Verfahrensart nur durch Urkunden nachzuweisenden anspruchsbegründenden Tatsachen (BGHZ 62, 286, 290).

Unterschiedlich sind die Ansichten dazu, welche Folgen der **nach Überzeugung des Gerichts unwahre Vortrag des Klägers** auslöst. Da das fingierte Zugestehen in § 331 I 1 nicht weiter reichen kann als ein vom Beklagten erklärtes Geständnis nach § 288 I, sind der mit offenkundigen Tatsachen (§ 291) unvereinbare Vortrag des Klägers (BGH NJW 79, 2089) sowie arglistiges Handeln beider Parteien zum Nachteil eines Dritten (vgl Ddorf NJW-RR 98, 606; Schlesw NJW-RR 00, 356, 357 zu § 288) unbeachtlich. Anders ist es nach hM, wenn der Richter auf Grund vorangegangener Beweisaufnahme von der Unrichtigkeit des Klagevortrags überzeugt ist, weil die Beweisergebnisse wegen der Durchbrechung des Grundsatzes der Einheit mündlicher Verhandlung in § 332 durch die Säumnis in einem späteren Termin unerheblich sind, so dass auf Antrag des Klägers das Versäumnisurteil zu erlassen ist (vgl BAG NJW 04, 3732, 3733; *MüKoZPO/Prütting* Rn 20; *Musielak/Stadler* Rn 9; aA *Olzen* ZZZ 98, 403, 421; *Weyers* FS Esser, 193, 210). Erst recht ist es nach hM unzulässig, den Antrag auf ein Versäumnisurteil bei Zweifeln an der Wahrheit des Vorbringens des Klägers wegen seines unvereinbaren Inhalts mit den von dem Beklagten nicht ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Urkunden abzusehen (so jedoch Brandbg NJW-RR 1995, 1471). Diese Fälle dürften so zu lösen sein, dass das Gericht das Versäumnisurteil erlassen muss, auch wenn es erhebliche Zweifel an der Wahrheit des Vortrages hat; denn diese Prüfung ist dem Gericht durch die Geständnisfiktion verwehrt (s. Rz 1). Der Vortrag, der unter bewusster Verletzung der Wahrheitspflicht vorgebracht wird, ist dagegen unbeachtlich (vgl BGH NJW-RR 03, 69, 70) und darf daher auch nicht Grundlage eines der Klage stattgebenden Versäumnisurteils sein. Ist das Gericht davon überzeugt, hat es unter Angabe der für seine Auffassung wesentlichen Gründe die Klage durch kontradiktorisches Urt abzuweisen (so wohl auch *Musielak/Stadler* § 138 Rn 7).

II. Die Entscheidungen des Gerichts. 1. Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten. Liegen die vorstehend genannten Voraussetzungen vor, ist – soweit das tatsächliche Vorbringen schlüssig ist – nach Abs 2

- Hs 1 gem dem Sachantrag des Klägers das Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu erlassen. Das Urte ist als Versäumnisurteil zu bezeichnen; es bedarf keines Tatbestands und keiner Gründe (§ 313b I), sofern das Urte nicht im Ausland geltend gemacht werden soll (§ 313b III). Die Kostenpflicht des Beklagten folgt nach § 91 I 1 und die Vollstreckbarkeitsentscheidung nach § 708 Nr 2 (vgl iÜ § 330 Rz 15, 16).
- 16 Das Versäumnisurteil hat auch dann zu ergehen, wenn der Beklagte den eingeklagten Anspruch wieder zu Fall bringen kann (str ist das für den Räumungsanspruch des Vermieters in den Fällen der §§ 543 II 2, 569 III Nr 2 BGB – wie hier: LG Berlin GrundE 09, 269; PWW/Elzer § 569 Rn 20; aA Hambg ZMR 88, 225, 226).
- 17 Ist nur ein **Teil des Anspruchs schlüssig**, ist – soweit nach § 301 I zulässig – durch **Teilversäumnisurteil** zu entscheiden (vgl *Hölzer* JurBüro 91, 163, 165). Bezüglich des anderen Teiles ist zu unterscheiden. Besteht der Kl auch nach dem gem § 139 II gebotenen Hinweis auf einer Sachentscheidung, ist dieser Teil durch **kontradiktorisches Schlussurteil** abzuweisen. Diese Entscheidung kann dann – soweit auf der Säumnis des Beklagten beruhend – mit dem Einspruch, iÜ mit der Berufung angegriffen werden (BGH NJW-RR 86, 1326, 1327). Anders ist es, wenn es wegen eines Teiles des Anspruchs an den **Voraussetzungen des § 335 I fehlt**, sodass zwar kein Versäumnisurteil ergehen, aber der Mangel noch behoben werden kann. In diesem Fall ist durch Teilversäumnisurteil zu entscheiden und der weitergehende Prozessantrag durch Beschl nach § 336 I 1 zurückzuweisen (OLG-Rspr München 19, 108). Nimmt der Kl auf den Hinweis des Gerichts die Klage tw zurück, so ist insgesamt durch Versäumnisurteil – über die Kosten nach § 91, 92, 269 – zu entscheiden (*Hölzer* JurBüro 91, 163, 166; aA HK-ZPO/Pukall Rn 9 – Entscheidung durch Teil-VU und Beschl).
- 18 Hat der Kl zulässigerweise einen **unbezahlten Antrag** gestellt, so ist ihm im Versäumnisurteil der Betrag zuzusprechen, der nach dem Vorbringen gerechtfertigt ist (BGH NJW 69, 1427, 1428). Bleibt das Gericht hinter dem zurück, was der Kl nach seinen Angaben für angemessen hält, so ist durch Versäumnis- und kontradiktorisches Urte zu entscheiden. Im Grundsatz dasselbe gilt dann, wenn der **Hauptantrag** unschlüssig, der **Hilfsantrag** aber begründet ist. In diesem Fall ist der Hauptantrag durch kontradiktorisches Urte abzuweisen und dem Hilfsantrag gleichzeitig durch Versäumnisurteil stattzugeben (*MüKoZPO/Prütting* Rn 24; *Musielak/Stadler* Rn 14).
- 19 Bei einer **Stufenklage** (§ 254) ist auch bei Säumnis des Beklagten zunächst nur durch Teilurteil über den Auskunftsantrag zu entscheiden (RGZ 84, 370, 372). Nach hM ist nach dem Grundsatz, dass über jede Stufe gesondert zu verhandeln und zu entscheiden ist (BGH NJW-RR 94, 1185, 1186), eine Verbindung der Entscheidung über die Auskunftserteilung und der über die eidesstattliche Versicherung ihrer Richtigkeit nicht zulässig (*MüKoZPO/Prütting* Rn 23; aA *Wieczorek/Schütze/Borck* Rn 74; *Zimmermann* § 254 Rn 8). Über die Voraussetzungen von §§ 259 II, 260 II BGB, dass die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erstellt worden ist, kann jedoch erst nach deren Erteilung entschieden werden.
- 20 Ein **Zwischenurteil über den Anspruchsgrund** (§ 304 I) kann im Versäumnisverfahren nicht ergehen, da ein solches Urte nur nach § 347 II zulässig ist (s. § 347 Rz 2) und gem § 331 II Hs 1 über den Anspruch insgesamt zu entscheiden ist (Stuttg MDR 60, 930; Kobl MDR 79, 587, 588).
- 21 Auf Antrag des Klägers kann das Gericht die ganze oder tw **Erledigung der Hauptsache** durch Versäumnisurteil feststellen. Ein solches Urte kann auch ergehen, wenn der Kl das erledigende Ereignis (meist die Erfüllung) dem Gericht erst im Termin mitteilt und seinen Antrag dem anpasst (str, s. § 335 Rz 10).
- 22 **2. Die Entscheidungen gegen den Kläger. a) Die kontradiktorischen, die Instanz beendenden Urteile.** Die nicht auf der Säumnis des Beklagten beruhende Abweisung der Klage erfolgt durch Endurteil nach § 300 I, für das die allgemeine Vorschrift über den Form und den Inhalt gerichtlicher Urte gilt (§ 313). Solche Urteile gegen den Kl, die nur nach einem richterlichen Hinweis nach § 139 II ergehen dürfen, kommen in zwei Fällen in Betracht.
- 23 **aa) Das klageabweisende Prozessurteil.** Das Gericht hat vor Erlass des Versäumnisurteils zu prüfen, ob die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Sachentscheidung vorliegen (BGHZ 73, 87, 90; 112, 367, 371). Führt das zu dem Ergebnis, dass es an **einer für den Erlass eines Sachurteils notwendigen Voraussetzung** – wie zB an der Prozessführungsbefugnis des Klägers (BGH NJW-RR 86, 1041) oder an der Prozessfähigkeit des Beklagten (BGH NJW 61, 2207; München NJW-RR 89, 255) – fehlt, ist die Klage als unzulässig abzuweisen (s. § 330 Rz 17, 18). Das Gleiche gilt, wenn der Kl die **Nachweise zur Behebung eines solchen Mangels** nach § 335 I Nr. 1 endgültig nicht beibringt (*StJ/Grunsky* § 335 Rn 2; *Zö/Hergert* § 335 Rn 2). Ist der Mangel behebbar ist der Prozessantrag auf Erlass des Versäumnisurteils durch Beschl nach § 336 zurückzuweisen (s. Rz 25).

bb) Das klageabweisende Sachurteil. Liegen zwar die Prozessvoraussetzungen vor, ist der Klageantrag aber nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht gerechtfertigt, ist die Klage gem. § 331 II Hs 2 (als unbegründet) abzuweisen (vgl. BGH NJW 02, 376, 377). Da die Entscheidung auf der **Unschlüssigkeit der Klage** beruht, ergeht sie durch ein zu begründendes Endurteil nach § 300 I (HK-ZPO/Pukall Rn 8; St/J/Grunsky Rn 16; Zö/Herget Rn 15).

b) Der den Prozessantrag zurückweisende Beschluss (§ 336). Liegen die in § 335 I Nr 1 bis 3 oder 5 benannten Gründe vor, so hat das Gericht – wenn der Kl nicht Vertragung anregt, sondern Versäumnisurteil beantragt – den Prozessantrag zurückzuweisen und nach Ablauf der Frist für die sofortige Beschwerde (§ 336 I 1 iVm § 569 I 1) neuen Termin anzuberaumen. Dasselbe gilt nach hM (s. § 337 Rz 11) auch dann, wenn aus den in § 337 genannten Gründen vertagt wird.

3. Die Entscheidungen des Gerichts nach § 251a. Schließlich kann der Kläger – was va nach richterlichem Hinweis auf Bedenken gegen die Schlüssigkeit der Fall sein wird – sich dazu entschließen, ebenfalls nicht zu verhandeln, in dem er den Antrag auf eine Entscheidung durch Versäumnisurteil nicht stellt. Für das Gericht eröffnen sich dann die in § 251a vorgesehenen Entscheidungsmöglichkeiten (Musielak/Stadler Rn 5, 6; MüKoZPO/Prütting Rn 7; s.a. § 330 Rz 20).

C. Die Säumnis des Beklagten im schriftlichen Vorverfahren (Abs 3). I. Die Voraussetzungen des Versäumnisurteils gegen den Beklagten. 1. Allgemeine Voraussetzungen einer Sachentscheidung auf Grund Säumnis. Ein Versäumnisurteil darf im schriftlichen Vorverfahren ergehen, wenn die Vorschriften über das Versäumnisverfahren anwendbar sind (s. Rz 2), die allg Voraussetzungen für ein Sachurteil vorliegen (s. Rz 3), keine Zurückweisungsgründe nach § 335 I Nr 1, 3 und 4 dessen Erlass entgegenstehen (s. Rz 8) und die Klage bei Anwendung der Geständnisfiktion (s. Rz 13–15) schlüssig ist (s. Rz 9, 10).

2. Besondere Verfahrensvoraussetzungen. a) Richterliche Anordnungen und Belehrungen. Der vom Gesetzgeber verfolgte Normzweck, Rechtsstreitigkeiten in einem schriftlichen Vorverfahren prozessökonomisch durch Versäumnisurteil erledigen zu können (s. Rz 1), erfordert die Einhaltung besonderer Förmlichkeiten. Diese stellen in gewissem Umfange sicher, dass die Passivität des Beklagten im schriftlichen Vorverfahren den Schluss zulässt, dass die Sache nicht streitig ist, der Beklagte zumindest nicht streitig verhandeln will. Hierzu müssen die in § 276 I, II bestimmten Anforderungen eingehalten werden, bei deren Fehlen nach § 335 I Nr 4 kein Versäumnisurteil ergehen darf (s. § 335 Rz 11).

b) Unterlassungen des Beklagten. Der Beklagte muss gegen die Obliegenheit, seinen Verteidigungswillen innerhalb einer ihm nach § 276 I 1, 3 gesetzten Frist anzuzeigen, verstoßen haben. Das begründet die ges Vermutung, dass die Sache unstr bleibt und durch Versäumnisurteil entschieden werden kann. Die **fristgemäß** beim Gericht **eingegangene Anzeige** schließt den Erlass des Versäumnisurteils in jedem Falle aus (BTDrs 7/2729, 80). Auf die Kenntnis der zuständigen Richter kommt es nicht an (Musielak/Stadler Rn 20). Die **verspätete Anzeige** widerlegt ebenfalls die ges Vermutung, so dass kein Versäumnisurteil mehr ergehen darf, wenn es noch nicht erlassen worden ist. Auch hier kommt es auf den Eingang bei Gericht, nicht in der Geschäftsstelle des zuständigen Spruchkörpers an (sehr str – wie hier: Ddorf JR 97, 161, 162; Frankf MDR 00, 902; aA KG MDR 89, 1003). Organisatorische Mängel bei der Postbeförderung innerhalb der Gerichte dürfen sich aber nicht zu Lasten der Partei auswirken.

Für den **Inhalt der Verteidigungsanzeige** gelten keine besonderen Anforderungen. Es muss in irgendeiner Weise zum Ausdruck kommen, dass der Beklagte sich gegen die Klage zur Wehr setzen will, wofür bereits die Vertretungsanzeige eines Anwalts genügt (BTDrs 7/2729, 80). Die Erklärung unterliegt im **Anwaltsprozess** dem Anwaltszwang (§ 276 II 1 iVm § 78 I 1). Im **Parteiprozess** muss die Verteidigungsanzeige durch die Partei selbst oder einen Bevollmächtigten erfolgen. Die **Anzeige eines Dritten** ist unwirksam (vgl. LG Düsseldorf JurBüro 88, 1563); die **Anzeige** eines nach § 79 II **nicht vertretungsbefugten Bevollmächtigten** dagegen nach § 79 III 2 wirksam, wenn sie – wie in der Regel – vor einem Zurückweisungsbeschluss nach § 79 III 1 erfolgt.

Der Verteidigungsanzeige steht ein **Prozesskostenhilfesuch** des Beklagten gleich. Der von der **Partei im Anwaltsprozess eingereichte Antrag** hindert zwar nicht die Versäumung der »Notfrist« nach § 276 I 1; die Lösung dieser Fälle liegt hier aber nicht in der Wiedereinsetzung (so aber BTDrs 7/2729, 70), die nur die versäumte Frist, jedoch nicht ein als Sachurteil ergangenes Versäumnisurteil wieder beseitigen könnte (KG NJW-RR 97, 56 mwN), sondern in der Annahme unverschuldeter Fristversäumung analog § 337 S.1 (vgl. Brandbg NJW-RR 02, 285, 286; Bergerfurth JZ 78, 298, 299; Hartmann NJW 78, 1457, 1460; Kramer ZZP 91, 77, 77).

- 32 Der **Widerspruch gegen einen Mahnbescheid** (§ 694) ersetzt dagegen seit dem Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17.12.90 (BGBl I 2847) die Verteidigungsanzeige nicht mehr, wenn nach Eingang der Anspruchsbegründung das schriftliche Vorverfahren angeordnet wird (§ 697 II 2), worauf der Beklagte hinzuweisen ist (*Hansens* NJW 91, 983, 986; *Holch* NJW 91, 3177, 3178).
- 33 Der Erlass eines Versäumnisurteils ist – erst recht – zulässig, wenn der Beklagte **erklärt**, dass er der Klage **nicht entgegengetreten** will (BTDRs 7/2729, 80). Dasselbe gilt nach dem Zweck des Gesetzes (Rz 1), wenn der Beklagte seine Verteidigungsanzeige zurücknimmt oder widerruft (vgl. *Stoffel/Strauch* NJW 97, 2372; *Fischer* NJW 04, 909, 910; *St/J/Leipold* § 276 Rn 31; *Wieczorek/Schützel/Borck* Rn 172 ff; aA *MüKoZPO/Prütting* Rn 43).
- 34 **c) Antrag auf Versäumnisurteil durch den Kläger.** Auch das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren setzt einen (schriftlichen) **Antrag des Klägers** voraus, dass bei Nichtanzeige der Verteidigungsbereitschaft durch den Beklagten das Versäumnisurteil ergehen soll. Der Antrag kann nach Satz 2 schon in der Klageschrift gestellt werden. Ein erst später gestellter Antrag, der Prozess- und kein Sachantrag ist und für den § 270 S 1 nicht gilt (aA München MDR 80, 234, 235), muss (entgegen München aaO; *Geffert* NJW 78, 1418; *Zimmermann* Rn 27) weder zugestellt noch (entgegen *MüKoZPO/Prütting* Rn 48) formlos übermittelt worden sein; die Zusendung mit dem Versäumnisurteil genügt (so KG OLGZ 94, 579, 580 und die hM im Schrifttum (*Musielak/Stadler* Rn 22; *St/J/Grunsky* Rn 38; *Zö/Herget* Rn 12)).
- 35 **d) Keine Anberaumung eines Verhandlungstermins.** Ein Urt im schriftlichen Vorverfahren darf nicht mehr ergehen, wenn Haupttermin zur Verhandlung anberaumt ist; eine Rückkehr in das Vorverfahren zwecks Erlasses eines Versäumnisurteils nach § 331 III ist ausgeschlossen (München MDR 83, 324; KG MDR 85, 416; aA *Fischer* NJW 04, 909, 910 für den Fall, dass der Beklagte seine Verteidigungsanzeige widerruft).
- 36 **II. Die Entscheidungen des Gerichts. 1. Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten. Form und Inhalt der Entscheidung** entsprechen grds dem nach mündlicher Verhandlung ergangenen Versäumnisurteil (Rz 15). Im Rubrum sind der Erlass der Entscheidung im schriftlichen Vorverfahren (*Bergerfurth* JZ 89, 296, 300) und der Tag der Übermittlung an die Geschäftsstelle zu vermerken. Diese hat zur Folge, dass eine danach eingehende Verteidigungsanzeige dem Erlass des Versäumnisurteils nicht mehr entgegensteht. Erlassen ist das nicht zu verkündende Versäumnisurteil jedoch erst mit der **Zustellung nach § 310 III 1** (*Unnützer* NJW 78, 985, 986; *MüKoZPO/Musielak* § 318 Rn 7; *St/J/Leipold* § 310 Rn 27 Fn 48; aA mit Übergabe an Geschäftsstelle: LG Stuttg AnwBl 1981, 197, 198; *Rau* MDR 01, 794, 795; *B/L/A/H* § 318 Rn 4; *HK-ZPO/Saenger* § 318 Rn 6), die **an beide Parteien erfolgt sein muss** (BGH NJW 94, 3359, 3360).
- 37 **2. Entscheidungen gegen den Kläger.** Diese sind im schriftlichen Vorverfahren – wie sich im Umkehrschluss aus dem mit dem Justizmodernisierungsgesetz vom 30.8.04 (BGBl I 2198) eingefügten Abs 3 S 3 ergibt – nur noch in Bezug auf die **Abweisung von Nebenforderungen** zulässig, wenn der Kl zuvor darauf hingewiesen worden ist. Die Neuregelung hat den Meinungsstreit über die Zulässigkeit **sog unechter Versäumnisurteile** im schriftlichen Vorverfahren (dazu bejahend: Köln [20 ZS], OLGZ 89, 83, 84; Brandbg [4 ZS] NJW-RR 97, 1518; verneinend: Köln [1 ZS], MDR 01, 954, 955; Brandbg [7 ZS] NJW-RR 99, 939) erledigt und die Frage unter Berufung auf das Recht des Klägers auf Anhörung in mündlicher Verhandlung nach Art. 6 I EMRK so – wie jetzt bestimmt – entschieden (BTDRs 15/1598, 17). Das ist zu respektieren (*Knauer/Wolf* NJW 04, 2857, 2861; *Huber* JuS 04, 873, 878; aA *Stieper* JR 05, 397, 400).
- 38 **3. Anberaumung eines Verhandlungstermins.** Die Terminbestimmung wird erforderlich, wenn der Kläger – insb nach einem Hinweis auf Bedenken gegen die Zulässigkeit oder Begründetheit seiner Klage – die **Anberaumung eines Termins beantragt** (Köln OLGZ 89, 83, 85). Sie ist ebenfalls geboten, wenn der Kl den Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils nicht stellt oder zurücknimmt (hM: *MüKoZPO/Prütting* Rn 48; *Musielak/Stadler* Rn 22; aA *Kramer* NJW 77, 1657, 1662; *B/L/A/H* Rn 16, die auch hier § 251a anwenden wollen).
- 39 **D. Die Rechtsbehelfe.** Erght das **Versäumnisurteil gegen den Beklagten**, steht diesem der **Einspruch** zu (s. § 338 Rz 6 ff). **Kontradiktorische Prozess- oder Sachurteile gegen den Kläger** beenden die Instanz und sind (nur) mit den allg Rechtsmitteln (**Berufung oder Revision**) anfechtbar, soweit deren Voraussetzungen vorliegen. Die Vorschriften über die sofortige Beschwerde (§ 336 I 1) und den Einspruch (§ 338) sind nicht anwendbar; es kann allerdings eine Umdeutung solcher Rechtsbehelfe in eine Berufung oder Revision in

Titel 3 Versäumnisurteil

§ 330 Versäumnisurteil gegen den Kläger. Erscheint der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, dass der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

A. Normzweck. Nach § 330 kann der Beklagte bei Säumnis des Klägers ohne sachliche Prüfung des gegen ihn geltend gemachten Anspruchs ein der Rechtskraft fähiges Urte auf Abweisung der Klage erreichen (RGZ 7, 395, 397; BGHZ 35, 338, 341; 153, 239, 243). Die CPO wick damit vor früheren Prozessordnungen ab, in denen das Versäumnisurteil gegen den Kl ein Prozessurteil war, so dass eine neue Klage erhoben werden konnte (zur Gesetzesgeschichte: *Schubert* FS Egon Schneider, 92, 94). Das gilt nur noch in eigenen Sonderfällen (s. Rz 5, 14)

Nach den Gesetzesmaterialien steht die Säumnis des Klägers einem Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch gleich (Mot zur CPO, 230 = Hahn/Mugdan, Materialien, 293). Da das Versäumnisurteil nach § 330 aus Gründen der Rechtssicherheit dem Verzichtsurteil nach § 306 entsprechende Rechtsfolgen herbeiführen soll, kommt es nicht darauf an, wie das Gericht nach dem Parteivortrag über den Anspruch entschieden hätte (stRspr: RGZ 7, 395, 397; BGHZ 35, 338, 341; 153, 239, 243; aA tw die Lit: Musielak/Stadler Rn 4; *Reischl* ZZZ 116, 493, 496).

B. Voraussetzungen des Erlasses des Versäumnisurteils gegen den Kläger. I. Anwendungsbereich. Die Vorschriften über das Versäumnisurteil setzen die Obliegenheit der Parteien zur Mitwirkung im Verfahren durch Antragstellung und Beibringung von Tatsachen voraus. Sie sind unanwendbar in allen Verfahren, in denen der Untersuchungsgrundsatz gilt. Die §§ 330 ff galten daher in den Verfahren nach dem FGG – auch den sog echten Streitsachen – nicht (Bassenge/Roth Einl Rn 53; Jansen/v. König/v. Schuckmann, 3. Aufl, vor §§ 8–18 Rn 69). In den Streitigkeiten nach der ZPO sind die §§ 330 ff anwendbar, wenn auf Grund mündlicher Verhandlung (§ 128 I) und nicht im schriftlichen Verfahren (§ 128 II, III) entschieden wird. § 331 III macht hiervon eine Ausnahme, in dem er das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren zulässt.

Unmittelbar einschlägig sind die §§ 330 ff für **erstinstanzliche Verfahren** nach der ZPO vor den Landgerichten und gem der Verweisung in § 495 vor den Amtsgerichten. Für die **Rechtsmittelinstanzen** gelten besondere, an das Nichterscheinen oder Nichtverhandeln des Rechtsmittelklägers oder -beklagten anknüpfende Bestimmungen (§§ 539, 565), wobei die Vorschriften für das erstinstanzliche Verfahren sinngemäß anzuwenden sind. Das das Rechtsmittel zurückweisende Versäumnisurteil ist jedoch entgegen der hM (dazu § 539 Rz 10; wie hier *Stamm* ZZZ 09, 399, 417) nur ein auf die Zurückweisung des Rechtsmittel lautendes Prozessurteil; so dass sich die materielle Rechtskraft (§ 322 I) nach dem Inhalt des (rechtskräftig gewordenen) erstinstanzlichen Urteils bestimmt.

Für die **Verfahren nach dem FamFG** gelten die Vorschriften über das Versäumnisverfahren grds nicht. Sie sind jedoch auf Grund der allg Verweisung in § 113 I 2 FamFG auf die ZPO für die **Ehesachen** und die **Familienstreitsachen** (nach § 112 FamFG sind dies Unterhalts-, Güterrechts- und sonstige Familiensachen) entsprechend anzuwenden. In den **Ehesachen** ergeht eine Versäumnisentscheidung gegen den Antragsteller nach § 130 I FamFG nur mit der Rechtsfolge, dass der Antrag als zurückgenommen gilt (s. iÜ § 331 Rz 2 und § 331a Rz 3). In **Baulandsachen** kann nach § 227 III BauGB nur nach Lage der Akten, jedoch nicht durch Versäumnisurteil entschieden werden.

II. Vorliegen der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen. Da das Versäumnisurteil über den Anspruch entscheidet, hat das Gericht das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen vAw zu prüfen. Beantragt der Beklagte den Erlass des Versäumnisurteils, muss er nach § 335 I Nr 1 diese Voraussetzungen dem Gericht nachweisen (MüKoZPO/Prütting Rn 24; Musielak/Stadler Rn 2; St/J/Grunsky Rn 7; aA Wiczorek/Schütze/Borck v § 330 Rn 64 ff unter Hinweis auf RGZ 50, 384, 386). Soweit Mängel der gerichtlichen Zuständigkeit nach § 39 oder der Klageschrift nach § 295 geheilt werden können, kann der Beklagte die Fehler beheben, indem er das Versäumnisurteil beantragt. Str ist, ob der Beklagte dann nach Einspruch des Klägers diese Mängel noch rügen kann (dazu § 342 Rz 6 f).

III. Säumnis des Klägers. Voraussetzung eines Urteils nach §§ 330 ff ist die **Säumnis des Klägers**. Eine Partei ist säumig, wenn sie trotz ordnungsgemäßer Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht nach Aufruf der Sache am hierzu bestimmten Ort nicht erscheint, bei notwendiger Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht durch einen am Prozessgericht zugelassenen

Rechtsanwalt vertreten ist oder nicht zur Sache verhandelt (BGHZ 141, 351, 354). Der Verhandlung muss ein **Aufruf der Sache** (§ 220 I) vorausgehen (BVerfGE 42, 364, 371), der nicht nur im Sitzungssaal, sondern auch auf dem Gerichtsflur zu hören sein muss (KG MDR 74, 52; LG Hamburg NJW 77, 1459) und frühestens zur angesetzten Terminszeit erfolgen darf. Der Aufruf soll die Partei in die Lage versetzen, den Termin wahrzunehmen. Säumnis liegt daher trotz fehlerhaften Aufrufs vor, wenn die ordnungsgemäß geladene Partei vom Beginn der bestimmten Terminszeit an bis einem späteren Schluss der Verhandlung nicht im Gericht anwesend gewesen ist (KG NJW 87, 1338, 1339).

- 8 **Fehlendes Verschulden** schließt nicht die Säumnis aus, begründet jedoch ein Vertagungsgebot nach § 337 S 1. Ein Versäumnisurteil darf dann nicht erlassen werden (RGZ 166, 246, 248; BGH NJW 76, 196). Das Gericht muss für die unverschuldete Säumnis konkrete Anhaltspunkte haben (StJ/*Grunsky* Rn 7). Es obliegt daher der Partei, die nicht oder nicht rechtzeitig erscheinen kann, dem Gericht die Verhinderung und deren Grund vorher mitzuteilen (vgl. BGH NJW 06, 448, 449; Celle NJW 04, 2534, 2535).
- 9 **Standesrechtliche Gebote**, die früher einem Anwalt ggü seinem Kollegen die Pflicht zur Ankündigung eines Antrags auf das Versäumnisurteil auferlegten, bestehen nicht mehr. Auch die anwaltlich vertretende säumige Partei muss daher damit rechnen, dass der Gegner das Versäumnisurteil beantragt (s. § 337 Rz 8).
- 10 **IV. Antrag des Beklagten.** Ein Versäumnisurteil setzt den **Prozessantrag der erschienenen Partei** auf dessen Erlass voraus (HK-ZPO/*Pukall*, v § 330, Rn 6). Dieser Antrag ist von demjenigen auf Klageabweisung zu unterscheiden. Der Antrag zur Hauptsache kann aber dahin auszulegen sein kann, dass mit ihm zugleich die Entscheidung durch Versäumnisurteil beantragt wird (BGHZ 37, 79, 83; Kobl FamRZ 90, 894). Das Prozessgericht ist nach § 139 I gehalten, auf eine dem Begehren des Beklagten entsprechende Antragstellung hinzuwirken und Zweifel zu klären (MüKoZPO/*Prütting* Rn 6; StJ/*Grunsky* Rn 11; *Wieczorek/Schütze/Borck* Rn 6).
- 11 Nach heute hM kann der Beklagte gegen den säumigen Kl auch den **Antrag auf eine Entscheidung durch Prozessurteil** stellen (Musielak/*Stadler* Rn 2; StJ/*Grunsky* Rn 4; ThoPu/*Reichold* Rn 3). Eine solche Befugnis ist einzuräumen, weil das Gericht so entscheiden muss, wenn es an einer unverzichtbaren Prozessvoraussetzung fehlt (dazu Rz 17). Der Beklagte kann ein die Instanz beendendes **Sachurteil** gegen den säumigen Kl nur erreichen, indem er nach § 331a eine **Entscheidung nach Lage der Akten** beantragt (MüKoZPO/*Prütting* Rn 26; Musielak/*Stadler* Rn 3; StJ/*Grunsky* v § 330 Rn 24).
- 12 Schließlich kann sich der Beklagte dazu entschließen, angesichts der Säumnis des Klägers den **Antrag auf ein Versäumnisurteil nicht zu stellen**. Das hat allerdings zur Folge, dass er selbst säumig wird und dem Gericht die Entscheidungsmöglichkeiten nach § 251a eröffnet (Köln NJW-RR 91, 1022, 1023, *Zweibr* FamRZ 83, 1154, 1155; s. Rz 20).
- 13 **V. Keine Zurückweisungsgründe nach § 335 I Nr 1, 2 und 5.** Das Gericht darf dem Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils nur entsprechen, nachdem es festgestellt hat, dass die **in § 335 I ZPO bestimmten Hindernisse nicht vorliegen**. Die vAw zu beachtenden Verfahrensmängel (§ 335 I Nr. 1) müssen – soweit möglich – von dem Beklagten behoben worden sein (Rz 6). Der Termin muss ordnungsgemäß durch Ladung (§ 214) oder in einer verkündeten Entscheidung (§ 218) anberaumt worden sein (s. § 335 Rz 5). § 335 I Nr. 3 ist dagegen hier nicht anzuwenden, da die Klageabweisung nach § 330 ohne Rücksicht auf das tatsächliche Vorbringen der Parteien zum Anspruch erfolgt. Nr 4 betrifft das Versäumnisurteil gegen den Beklagten im schriftlichen Vorverfahren. Anwendbar ist § 335 I Nr 5, wenn das Gericht im Parteiprozess den Bevollmächtigten des Klägers erst im Termin zurückweist oder ihm die weitere Vertretung untersagt (s. § 335 Rz 12).
- 14 **C. Entscheidungen des Gerichts. I. Das Versäumnisurteil gegen den Kläger.** Beantragt der Beklagte das Versäumnisurteil und liegen die erforderlichen Voraussetzungen vor, so muss das Gericht die Klage durch Versäumnisurteil abweisen. Ein Ermessensspielraum steht ihm nicht zu. Der Inhalt der Entscheidung ergibt sich aus § 313b. Der **Tenor** des Urteils nach § 330 lautet auf Abweisung der Klage; nur in Ehesachen ist das Urte dahin zu erlassen, dass die Klage als zurückgenommen gilt (§ 130 I FamFG – zum FamFG iÜ s.o. Rz 5). In Widerspruchsverfahren nach §§ 872 ff ist nach § 881 zu tenorieren. Die **Verkündung** ist vor schriftlicher Abfassung der Formel zulässig (§ 311 II 3).
- 15 **Tatbestand und Gründe** sind grds entbehrlich (§ 313b). Rechtliche Ausführungen zum Anspruchsgrund sind reine obiter dicta und sollten unterbleiben, weil die Klageabweisung ohne Sachprüfung erfolgt (BGHZ 35, 338, 341) und das Gericht auch eine nach Aktenlage begründete Klage abweisen muss.

Das Urte ist nach § 313b I 2 als **Versäumnisurteil zu bezeichnen**, was aber nicht darüber entscheidet, ob ein 16
 Versäumnis- oder ein kontradiktorisches Urte vorliegt. Ausschlaggebend ist der objektive Inhalt des Urteils (RGZ 50, 384, 388; 90, 42, 43; BGH VersR 84, 1099, 1100; NJW 99, 583, 584). Eine Klageanweisung als unzulässig wegen Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung ist ein kontradiktorisches Urte, selbst wenn es als Versäumnisurteil erlassen worden ist (BGH NJW 99, 583, 584).

II. Das Prozessurteil gegen den Kläger. Eine Klageabweisung nach § 330 darf nur ergehen, wenn die Pro- 17
 zessvoraussetzungen vorliegen; was vAw zu prüfen ist (OGHZ 1, 354, 355; Münzberg AcP 159, 41, 52 f). **Fehlt es an den Sachurteilsvoraussetzungen** und kann der Mangel nicht behoben werden, ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif und die **Klage durch Prozessurteil als unzulässig** abzuweisen (BGH NJW-RR 86, 1041; GRUR-RR 01, 48; München OLGZ 88, 488, 490; Schlesw SchlHA 09, 334, 335; aA früher RGZ 50, 384, 386; 140, 77, 78; offen gelassen in RGZ 159, 357, 358; nun auch hM in der Lit: MüKoZPO/Prütting Rn 20; Musielak/Stadler v § 330 Rn 12; StJ/Grunsky v. § 330 Rn 20; ThoPu/Reichold Rn 3; aA B/L/A/H Rn 11; Braun ZZP 93, 443, 463 Fn 73; Wiczorek/Schütze/Borck § 330 Rn 72 ff). Der hM ist zuzustimmen, da über eine unzulässige Klage kein der Rechtskraft fähiges Sachurteil ergehen darf (vgl BGH NJW 61, 2207 für ein VU gegen den Beklagten).

Vor dem Prozessurteil ist dem säumigen Kl Gelegenheit zu geben, zu den Bedenken gegen die Zulässigkeit 18
 Stellung zu nehmen (BGH NJW-RR 86, 1041); das rechtliche Gehör kann vor oder auch nach dem Termin, muss aber vor der Entscheidung gewährt werden.

Beantragt der Beklagte Entscheidung durch Versäumnisurteil, so darf das Gericht nicht durch kontradikto- 19
 risches Endurteil gegen den Kl entscheiden, selbst wenn es einen Fall der Säumnis – zB wegen teilweisen Verhandeln des Klägers – nicht für gegeben hält (Kobl NJW-RR 91, 1087). In solchen Fällen hat das Gericht nach § 139 I 2 den Beklagten auf den sachdienlichen Antrag – in diesem Fall auf Klageabweisung durch Endurteil nach § 300 I – hinzuweisen.

III. Entscheidungen des Gerichts nach § 251a. Erscheint der Kl nicht und stellt der Beklagte gleichwohl 20
 nicht den Antrag auf Entscheidung durch Versäumnisurteil, so liegt darin ein **Nichtverhandeln**, mit der Folge, dass auch er nach § 333 säumig wird und das Gericht die in § 251a vorgesehenen Entscheidungsmöglichkeiten hat (Zweibr FamRZ 83, 1154, 1155). Hierbei sollte das Gericht prüfen, ob der Beklagte nicht gute Gründe für sein Verhalten hat, die eine Vertragung nach § 227 I rechtfertigen, bevor es gegen den Willen beider Parteien vAw nach Lage der Akten entscheidet (§ 251a I) oder das Ruhen des Verfahrens (§ 251a III) anordnet (Wiczorek/Schütze/Borck Rn 11 ff).

D. Die Rechtsbehelfe des Klägers. Gegen ein im ersten Rechtszug ergangenes erstes **Versäumnisurteil** 21
 (Rz 14 ff) steht dem Kl der Einspruch nach § 338 zu. Gegen ein die Klage als unzulässig verwerfendes **Prozessurteil** (Rz 17 ff) ist die Berufung nach § 511 gegeben. Ist die Entscheidung in einer falschen Form verlautbart worden, steht dem Kl nach dem **Grundsatz der Meistbegünstigung** sowohl das nach der Art der ergangenen als auch das bei korrekter Entscheidung zulässige Rechtsmittel zu (BGH NJW 99, 583, 584).

§ 331 Versäumnisurteil gegen den Beklagten. (1) ¹Beantragt der Kläger gegen den im Ter-
 min zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das tat-
 sächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. ²Dies gilt nicht für Vor-
 bringen zur Zuständigkeit des Gerichts nach § 29 Abs. 2, § 38.

(2) Soweit es den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen; soweit dies nicht der Fall,
 ist die Klage abzuweisen.

(3) ¹Hat der Beklagte entgegen § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 nicht rechtzeitig angezeigt, dass er sich gegen
 die Klage verteidigen wolle, so trifft auf Antrag des Klägers das Gericht die Entscheidung ohne mündliche
 Verhandlung; dies gilt nicht, wenn die Erklärung des Beklagten noch eingeht, bevor das von den
 Richtern unterschriebene Urteil der Geschäftsstelle übermittelt ist. ²Der Antrag kann schon in der Klage-
 schrift gestellt werden. ³Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist auch insoweit zulässig,
 als das Vorbringen des Klägers den Klageantrag in einer Nebenforderung nicht rechtfertigt, sofern der
 Kläger vor der Entscheidung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist.

A. Normzweck. Abs 1 S 1 fingiert ein Geständnis (entspr § 288 I 1) des säumigen Beklagten zu den vom 1
 Kl zur Anspruchsbegründung vorgetragenen Tatsachen. Dieser muss sein Vorbringen nicht glaubhaft
 machen; das Versäumnisurteil soll auch ergehen, wenn der Richter Zweifel an der Wahrheit hat (Mot zur

CPO, 230 = Hahn/Mugdan, Materialien, 294). Mit dem durch die Zivilprozessnovelle 1974 (BGBl I 753) eingefügten § 2 sind der Vortrag zur Vereinbarung eines Erfüllungsorts (§ 29 II) oder eines Gerichtsstands (§ 38) von der Geständnisfiktion ausgenommen und die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts betreffenden Voraussetzungen dem Amtsprüfungsgrundsatz unterworfen worden (*Vollkommer* Rpfleger 74, 129, 138). Abs 2 schreibt dem Gericht eine Prüfung der Schlüssigkeit des tatsächlichen Vorbringens vor. Der mit der Vereinfachungsnovelle 1976 (BGBl I 3281) eingefügte Abs 3 ermöglicht ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren. Dieses Versäumnisurteil dient dazu, die nicht wirklich streitigen Verfahren mit einem für das Gericht möglichst geringen Arbeitsaufwand zu erledigen (BTDRs 7/2729, 70, 80).

- 2 **B. Die Säumnis des Beklagten in einem Verhandlungstermin. I. Die Voraussetzungen des Versäumnisurteils gegen den Beklagten. 1. Anwendungsbereich der Norm.** Die Vorschriften über das Versäumnisverfahren müssen allgemein anwendbar sein (s. § 330 Rz 3 ff). In **Ehesachen** (§§ 121 ff FamFG) sind Versäumnisentscheidungen gegen den Antragsgegner nach § 130 II FamFG unzulässig. In den **Verbundsachen** (§§ 137 ff FamFG) ist nunmehr stets einheitlich durch Beschl zu entscheiden, auch soweit eine Versäumnisentscheidung zu treffen ist (§ 142 I FamFG). Der auf Säumnis beruhende Teil der Entscheidung ist – wie bisher (vgl BGH FamRZ 94, 1521; Zweibr FamRZ 96, 1483) – mit dem Einspruch anzufechten, über den nach § 143 FamFG ggf vorab zu verhandeln und zu entscheiden ist.
- 3 **2. Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen.** Die vAw zu prüfenden **Sachurteilsvoraussetzungen** müssen vorliegen (s.o. § 330 Rz 6), was vom Kl darzulegen und zu beweisen ist (BGH NJW 61, 2207). Das gilt nach Abs 1 S 2 auch für den Vortrag zu den Voraussetzungen einer nach § 38 I, II ZPO zulässigen Gerichtsstandsvereinbarung. Zum Beweis zulässiger Prorogation (§ 38 I) bedarf es keines urkundlichen Nachweises der Kaufmannseigenschaft durch Registerauszug; dem Kl stehen – auch im Urkundenprozess – alle Beweismittel zur Verfügung (Frankf MDR 75, 232; ZIP 1981, 664; Karlsru MDR 02, 1269). Zweckmäßigerweise ist in solchen Fällen zumindest hilfsweise ein Antrag auf Verweisung nach § 281 I 1 stellen.
- 4 Die **Heilung behebbarer Mängel** durch Einlassung zur Sache (§ 39) oder durch rügeloses Verhandeln (§ 295) scheidet bei Säumnis des Beklagten aus. Das weitere Verfahren des Gerichts bestimmt sich danach, ob der Mangel noch behoben werden kann oder nicht (dazu Rz 23 ff).
- 5 **3. Säumnis des Beklagten.** Der Beklagte muss in dem Termin nicht erschienen sein oder nicht verhandeln. Insoweit gilt dasselbe wie für die Säumnis des Klägers (s. § 330 Rz 7). Es darf kein Vertagungsgrund nach § 337 vorliegen, also insb keine Anhaltspunkte dafür geben, dass der Beklagte ohne sein Verschulden am Erscheinen verhindert ist (s. § 330 Rz 8, 9).
- 6 **4. Antrag des Klägers.** Das Urte nach Abs 2 setzt den **Prozessantrag** des Klägers auf Erlass des Versäumnisurteils voraus. Dieser Antrag ist Grundlage dafür, dass ein Sachurteil gegen den Beklagten ohne Berücksichtigung auch der dem Richter bekannten Einwendungen ergehen kann (RGZ 28, 393, 397). Ein Versäumnisurteil ist nicht zulässig, wenn der Kl nach einem Anerkenntnis des Beklagten, das auch schriftlich ggü dem Prozessgericht erklärt sein kann (HK-ZPO/Saenger § 307 Rn 4), ein Urte gem § 307 I beantragt (MüKoZPO/Prütting Rn 6). Der Prozessantrag ist vom **Sachantrag** zu unterscheiden, der nicht die Art, sondern den Inhalt der begehrten Entscheidung bezeichnet. Die hM geht jedoch davon aus, dass der Sachantrag auch den Prozessantrag enthalten kann (s. § 330 Rz 10).
- 7 Der Kl kann statt des Versäumnisurteils eine Entscheidung nach Lage der Akten gem. § 331a beantragen. Schließlich kann der Kl eine Vertagung anregen, was sich nach einem richterlichen Hinweis auf eine notwendige Ergänzung des Vorbringens empfiehlt. Das Gericht muss einem Antrag auf Vertagung aber nicht entsprechen, sondern hat darüber nach § 251a III iVm § 227 zu entscheiden (MüKoZPO/Prütting Rn 7; Musielak/Stadler Rn 5; *Kramer* NJW 77, 1657, 1662).
- 8 **5. Keine Zurückweisungsgründe nach § 335 I.** Das Versäumnisurteil darf nicht ergehen, wenn die in § 335 I Nr. 1 bis 3, 5 genannten Gründe für die Zurückweisung des Prozessantrags vorliegen. Dessen Erlass hat zu unterbleiben, wenn vAw zu beachtende, noch ausräumbare Verfahrensmängel vorliegen (s. § 335 Rz 4) oder der Beklagte nicht ordnungsgemäß zu dem Termin geladen worden war (s. § 335 Rz 5). Für ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten müssen zudem das den Klageanspruch begründende tatsächliche Vorbringen und die Sachanträge nach § 335 I Nr 3 rechtzeitig mitgeteilt worden sein (s. § 335 Rz 7 ff). Schließlich darf im Parteiprozess ein Versäumnisurteil nicht ergehen, wenn der Bevollmächtigte erst im oder unmittelbar vor dem Termin zurückgewiesen oder ihm die weitere Vertretung untersagt wird (s. § 335 Rz 12 ff).

6. Schlüssigkeit des Klagevorbringens (Abs 2). Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten setzt die **Schlüssigkeit des Klagevorbringens** voraus. Der Sachvortrag des Klägers ist schlüssig, wenn dieser Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtsatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in dessen Person entstanden erscheinen zu lassen. Die **Angabe näherer Einzelheiten** (oft fehlerhaft als Substantiierung gefordert) **ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolge nicht von Bedeutung** sind (BGH NJW 05, 2710, 2711). Hierauf ist gerade bei der Prüfung der Schlüssigkeit nach § 331 zu achten, da eine tatrichterliche Prüfung der Wahrscheinlichkeit der Behauptungen des Klägers gerade nicht stattfinden soll (s. Rz 1).

Der Schlüssigkeit steht es entgegen, wenn der Kl selbst **rechtsvernichtende oder –hindernde Tatsachen** vorträgt. Eine Partei, die eine ihr ungünstige Behauptung aufstellt, muss es sich gefallen lassen, dass das Gericht diese zu ihren Ungunsten verwertet (RGZ 94, 348, 349). Das gilt auch für die **Einrede der Verjährung**. Sie ist zu berücksichtigen, wenn der Kl deren Erhebung selbst vorträgt (BGH NJW 99, 2120, 2123; Ddorf NJW 91, 2089, 20909. Ist sie jedoch nur vom Beklagten in einem früheren Termin erhoben worden, soll sie – wie anderes Vorbringen des Beklagten – nach § 332 unberücksichtigt bleiben (so: *Nierwetberg ZZZP* 98, 442, 446; *MüKoZPO/Prütting* Rn 18; aA. *St/J/Grunsky* Rn 12). Str ist va die Behandlung des »Normalfalls«, wenn der Kl auf die von dem im Termin säumigen Beklagten schriftsätzlich vorgebrachte Einrede mit Rechtsausführungen reagiert hat. Mit der wohl hM ist die Einrede hier im Zweifel nicht zu berücksichtigen, weil der Beklagte seinen schriftlichen Vortrag nur in mündlicher Verhandlung in den Prozess einführen kann (BGH NJW 99, 2120, 2123).

7. Geständnisfiktion und Grenzen. Die Säumnis des Beklagten bewirkt, dass das **gesamte** (rechtzeitig vortragene) **tatsächliche Vorbringen** des Klägers als zugestanden anzunehmen ist. Ausgenommen sind die einem Geständnis nicht zugänglichen, vAw zu prüfenden Sachurteilsvoraussetzungen (s. Rz 3), was nach Abs 1 S 2 auch für das Vorbringen des Klägers zu Vereinbarungen über den Erfüllungsort- und den Gerichtsstand gilt.

Die Geständnisfiktion gilt **nicht für Rechtsfragen, Erfahrungs- und Rechtssätze**, zu denen auch das **ausländische Recht** nach § 293 gehört (*MüKoZPO/Prütting* Rn 13; *Musielak/Stadler* Rn 8; *St/J/Grunsky* Rn 9; *Wieczorek/Schütze/Borck* Rn 22; aA München NJW 76, 489 mit abl Anm *Küppers*). Geständnisfähiger Vortrag dazu ist dagegen das Vorbringen des Klägers zu einer Rechtswahl nach Art 27 EGBGB (*Musielak/Stadler* aaO).

Im **Urkundenprozess** (§§ 592 ff) gilt die Geständnisfiktion nach § 597 II nicht für die in dieser Verfahrensart nur durch Urkunden nachzuweisenden anspruchsbegründenden Tatsachen (BGHZ 62, 286, 290).

Unterschiedlich sind die Ansichten dazu, welche Folgen der **nach Überzeugung des Gerichts unwahre Vortrag des Klägers** auslöst. Da das fingierte Zugestehen in § 331 I 1 nicht weiter reichen kann als ein vom Beklagten erklärtes Geständnis nach § 288 I, sind der mit offenkundigen Tatsachen (§ 291) unvereinbare Vortrag des Klägers (BGH NJW 79, 2089) sowie arglistiges Handeln beider Parteien zum Nachteil eines Dritten (vgl Ddorf NJW-RR 98, 606; Schlesw NJW-RR 00, 356, 357 zu § 288) unbeachtlich. Anders ist es nach hM, wenn der Richter auf Grund vorangegangener Beweisaufnahme von der Unrichtigkeit des Klagevortrags überzeugt ist, weil die Beweisergebnisse wegen der Durchbrechung des Grundsatzes der Einheit mündlicher Verhandlung in § 332 durch die Säumnis in einem späteren Termin unerheblich sind, so dass auf Antrag des Klägers das Versäumnisurteil zu erlassen ist (vgl BAG NJW 04, 3732, 3733; *MüKoZPO/Prütting* Rn 20; *Musielak/Stadler* Rn 9; aA *Olzen ZZZP* 98, 403, 421; *Weyers* FS Esser, 193, 210). Erst recht ist es nach hM unzulässig, den Antrag auf ein Versäumnisurteil bei Zweifeln an der Wahrheit des Vorbringens des Klägers wegen seines unvereinbaren Inhalts mit den von dem Beklagten nicht ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Urkunden abzusehen (so jedoch Brandbg NJW-RR 1995, 1471). Diese Fälle dürften so zu lösen sein, dass das Gericht das Versäumnisurteil erlassen muss, auch wenn es erhebliche Zweifel an der Wahrheit des Vortrages hat; denn diese Prüfung ist dem Gericht durch die Geständnisfiktion verwehrt (s. Rz 1). Der Vortrag, der unter bewusster Verletzung der Wahrheitspflicht vorgebracht wird, ist dagegen unbeachtlich (vgl BGH NJW-RR 03, 69, 70) und darf daher auch nicht Grundlage eines der Klage stattgebenden Versäumnisurteils sein. Ist das Gericht davon überzeugt, hat es unter Angabe der für seine Auffassung wesentlichen Gründe die Klage durch kontradiktorisches Urt abzuweisen (so wohl auch *Musielak/Stadler* § 138 Rn 7).

II. Die Entscheidungen des Gerichts. 1. Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten. Liegen die vorstehend genannten Voraussetzungen vor, ist – soweit das tatsächliche Vorbringen schlüssig ist – nach Abs 2

- Hs 1 gem dem Sachantrag des Klägers das Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu erlassen. Das Urte ist als Versäumnisurteil zu bezeichnen; es bedarf keines Tatbestands und keiner Gründe (§ 313b I), sofern das Urte nicht im Ausland geltend gemacht werden soll (§ 313b III). Die Kostenpflicht des Beklagten folgt nach § 91 I 1 und die Vollstreckbarkeitsentscheidung nach § 708 Nr 2 (vgl iÜ § 330 Rz 15, 16).
- 16 Das Versäumnisurteil hat auch dann zu ergehen, wenn der Beklagte den eingeklagten Anspruch wieder zu Fall bringen kann (str ist das für den Räumungsanspruch des Vermieters in den Fällen der §§ 543 II 2, 569 III Nr 2 BGB – wie hier: LG Berlin GrundE 09, 269; PWW/Elzer § 569 Rn 20; aA Hambg ZMR 88, 225, 226).
- 17 Ist nur ein **Teil des Anspruchs schlüssig**, ist – soweit nach § 301 I zulässig – durch **Teilversäumnisurteil** zu entscheiden (vgl *Hölzer* JurBüro 91, 163, 165). Bezüglich des anderen Teiles ist zu unterscheiden. Besteht der Kl auch nach dem gem § 139 II gebotenen Hinweis auf einer Sachentscheidung, ist dieser Teil durch **kontradiktorisches Schlussurteil** abzuweisen. Diese Entscheidung kann dann – soweit auf der Säumnis des Beklagten beruhend – mit dem Einspruch, iÜ mit der Berufung angegriffen werden (BGH NJW-RR 86, 1326, 1327). Anders ist es, wenn es wegen eines Teiles des Anspruchs an den **Voraussetzungen des § 335 I fehlt**, sodass zwar kein Versäumnisurteil ergehen, aber der Mangel noch behoben werden kann. In diesem Fall ist durch Teilversäumnisurteil zu entscheiden und der weitergehende Prozessantrag durch Beschl nach § 336 I 1 zurückzuweisen (OLG-Rspr München 19, 108). Nimmt der Kl auf den Hinweis des Gerichts die Klage tw zurück, so ist insgesamt durch Versäumnisurteil – über die Kosten nach § 91, 92, 269 – zu entscheiden (*Hölzer* JurBüro 91, 163, 166; aA HK-ZPO/Pukall Rn 9 – Entscheidung durch Teil-VU und Beschl).
- 18 Hat der Kl zulässigerweise einen **unbezahlten Antrag** gestellt, so ist ihm im Versäumnisurteil der Betrag zuzusprechen, der nach dem Vorbringen gerechtfertigt ist (BGH NJW 69, 1427, 1428). Bleibt das Gericht hinter dem zurück, was der Kl nach seinen Angaben für angemessen hält, so ist durch Versäumnis- und kontradiktorisches Urte zu entscheiden. Im Grundsatz dasselbe gilt dann, wenn der **Hauptantrag** unschlüssig, der **Hilfsantrag** aber begründet ist. In diesem Fall ist der Hauptantrag durch kontradiktorisches Urte abzuweisen und dem Hilfsantrag gleichzeitig durch Versäumnisurteil stattzugeben (*MüKoZPO/Prütting* Rn 24; *Musielak/Stadler* Rn 14).
- 19 Bei einer **Stufenklage** (§ 254) ist auch bei Säumnis des Beklagten zunächst nur durch Teilurteil über den Auskunftsantrag zu entscheiden (RGZ 84, 370, 372). Nach hM ist nach dem Grundsatz, dass über jede Stufe gesondert zu verhandeln und zu entscheiden ist (BGH NJW-RR 94, 1185, 1186), eine Verbindung der Entscheidung über die Auskunftserteilung und der über die eidesstattliche Versicherung ihrer Richtigkeit nicht zulässig (*MüKoZPO/Prütting* Rn 23; aA *Wieczorek/Schütze/Borck* Rn 74; *Zimmermann* § 254 Rn 8). Über die Voraussetzungen von §§ 259 II, 260 II BGB, dass die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erstellt worden ist, kann jedoch erst nach deren Erteilung entschieden werden.
- 20 Ein **Zwischenurteil über den Anspruchsgrund** (§ 304 I) kann im Versäumnisverfahren nicht ergehen, da ein solches Urte nur nach § 347 II zulässig ist (s. § 347 Rz 2) und gem § 331 II Hs 1 über den Anspruch insgesamt zu entscheiden ist (Stuttg MDR 60, 930; Kobl MDR 79, 587, 588).
- 21 Auf Antrag des Klägers kann das Gericht die ganze oder tw **Erledigung der Hauptsache** durch Versäumnisurteil feststellen. Ein solches Urte kann auch ergehen, wenn der Kl das erledigende Ereignis (meist die Erfüllung) dem Gericht erst im Termin mitteilt und seinen Antrag dem anpasst (str, s. § 335 Rz 10).
- 22 **2. Die Entscheidungen gegen den Kläger. a) Die kontradiktorischen, die Instanz beendenden Urteile.** Die nicht auf der Säumnis des Beklagten beruhende Abweisung der Klage erfolgt durch Endurteil nach § 300 I, für das die allgemeine Vorschrift über den Form und den Inhalt gerichtlicher Urte gilt (§ 313). Solche Urteile gegen den Kl, die nur nach einem richterlichen Hinweis nach § 139 II ergehen dürfen, kommen in zwei Fällen in Betracht.
- 23 **aa) Das klageabweisende Prozessurteil.** Das Gericht hat vor Erlass des Versäumnisurteils zu prüfen, ob die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Sachentscheidung vorliegen (BGHZ 73, 87, 90; 112, 367, 371). Führt das zu dem Ergebnis, dass es an **einer für den Erlass eines Sachurteils notwendigen Voraussetzung** – wie zB an der Prozessführungsbefugnis des Klägers (BGH NJW-RR 86, 1041) oder an der Prozessfähigkeit des Beklagten (BGH NJW 61, 2207; München NJW-RR 89, 255) – fehlt, ist die Klage als unzulässig abzuweisen (s. § 330 Rz 17, 18). Das Gleiche gilt, wenn der Kl die **Nachweise zur Behebung eines solchen Mangels** nach § 335 I Nr. 1 endgültig nicht beibringt (*StJ/Grunsky* § 335 Rn 2; *Zö/Hergert* § 335 Rn 2). Ist der Mangel behebbar ist der Prozessantrag auf Erlass des Versäumnisurteils durch Beschl nach § 336 zurückzuweisen (s. Rz 25).

bb) Das klageabweisende Sachurteil. Liegen zwar die Prozessvoraussetzungen vor, ist der Klageantrag aber nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht gerechtfertigt, ist die Klage gem. § 331 II Hs 2 (als unbegründet) abzuweisen (vgl. BGH NJW 02, 376, 377). Da die Entscheidung auf der **Unschlüssigkeit der Klage** beruht, ergeht sie durch ein zu begründendes Endurteil nach § 300 I (HK-ZPO/Pukall Rn 8; St/J/Grunsky Rn 16; Zö/Herget Rn 15).

b) Der den Prozessantrag zurückweisende Beschluss (§ 336). Liegen die in § 335 I Nr 1 bis 3 oder 5 benannten Gründe vor, so hat das Gericht – wenn der Kl nicht Vertragung anregt, sondern Versäumnisurteil beantragt – den Prozessantrag zurückzuweisen und nach Ablauf der Frist für die sofortige Beschwerde (§ 336 I 1 iVm § 569 I 1) neuen Termin anzuberaumen. Dasselbe gilt nach hM (s. § 337 Rz 11) auch dann, wenn aus den in § 337 genannten Gründen vertagt wird.

3. Die Entscheidungen des Gerichts nach § 251a. Schließlich kann der Kläger – was va nach richterlichem Hinweis auf Bedenken gegen die Schlüssigkeit der Fall sein wird – sich dazu entschließen, ebenfalls nicht zu verhandeln, in dem er den Antrag auf eine Entscheidung durch Versäumnisurteil nicht stellt. Für das Gericht eröffnen sich dann die in § 251a vorgesehenen Entscheidungsmöglichkeiten (Musielak/Stadler Rn 5, 6; MüKoZPO/Prütting Rn 7; s.a. § 330 Rz 20).

C. Die Säumnis des Beklagten im schriftlichen Vorverfahren (Abs 3). I. Die Voraussetzungen des Versäumnisurteils gegen den Beklagten. 1. Allgemeine Voraussetzungen einer Sachentscheidung auf Grund Säumnis. Ein Versäumnisurteil darf im schriftlichen Vorverfahren ergehen, wenn die Vorschriften über das Versäumnisverfahren anwendbar sind (s. Rz 2), die allg Voraussetzungen für ein Sachurteil vorliegen (s. Rz 3), keine Zurückweisungsgründe nach § 335 I Nr 1, 3 und 4 dessen Erlass entgegenstehen (s. Rz 8) und die Klage bei Anwendung der Geständnisfiktion (s. Rz 13–15) schlüssig ist (s. Rz 9, 10).

2. Besondere Verfahrensvoraussetzungen. a) Richterliche Anordnungen und Belehrungen. Der vom Gesetzgeber verfolgte Normzweck, Rechtsstreitigkeiten in einem schriftlichen Vorverfahren prozessökonomisch durch Versäumnisurteil erledigen zu können (s. Rz 1), erfordert die Einhaltung besonderer Förmlichkeiten. Diese stellen in gewissem Umfange sicher, dass die Passivität des Beklagten im schriftlichen Vorverfahren den Schluss zulässt, dass die Sache nicht streitig ist, der Beklagte zumindest nicht streitig verhandeln will. Hierzu müssen die in § 276 I, II bestimmten Anforderungen eingehalten werden, bei deren Fehlen nach § 335 I Nr 4 kein Versäumnisurteil ergehen darf (s. § 335 Rz 11).

b) Unterlassungen des Beklagten. Der Beklagte muss gegen die Obliegenheit, seinen Verteidigungswillen innerhalb einer ihm nach § 276 I 1, 3 gesetzten Frist anzuzeigen, verstoßen haben. Das begründet die ges Vermutung, dass die Sache unstr bleibt und durch Versäumnisurteil entschieden werden kann. Die **fristgemäß** beim Gericht **eingegangene Anzeige** schließt den Erlass des Versäumnisurteils in jedem Falle aus (BTDrs 7/2729, 80). Auf die Kenntnis der zuständigen Richter kommt es nicht an (Musielak/Stadler Rn 20). Die **verspätete Anzeige** widerlegt ebenfalls die ges Vermutung, so dass kein Versäumnisurteil mehr ergehen darf, wenn es noch nicht erlassen worden ist. Auch hier kommt es auf den Eingang bei Gericht, nicht in der Geschäftsstelle des zuständigen Spruchkörpers an (sehr str – wie hier: Ddorf JR 97, 161, 162; Frankf MDR 00, 902; aA KG MDR 89, 1003). Organisatorische Mängel bei der Postbeförderung innerhalb der Gerichte dürfen sich aber nicht zu Lasten der Partei auswirken.

Für den **Inhalt der Verteidigungsanzeige** gelten keine besonderen Anforderungen. Es muss in irgendeiner Weise zum Ausdruck kommen, dass der Beklagte sich gegen die Klage zur Wehr setzen will, wofür bereits die Vertretungsanzeige eines Anwalts genügt (BTDrs 7/2729, 80). Die Erklärung unterliegt im **Anwaltsprozess** dem Anwaltszwang (§ 276 II 1 iVm § 78 I 1). Im **Parteiprozess** muss die Verteidigungsanzeige durch die Partei selbst oder einen Bevollmächtigten erfolgen. Die **Anzeige eines Dritten** ist unwirksam (vgl. LG Düsseldorf JurBüro 88, 1563); die **Anzeige** eines nach § 79 II **nicht vertretungsbefugten Bevollmächtigten** dagegen nach § 79 III 2 wirksam, wenn sie – wie in der Regel – vor einem Zurückweisungsbeschluss nach § 79 III 1 erfolgt.

Der Verteidigungsanzeige steht ein **Prozesskostenhilfesuch** des Beklagten gleich. Der von der **Partei im Anwaltsprozess eingereichte Antrag** hindert zwar nicht die Versäumung der »Notfrist« nach § 276 I 1; die Lösung dieser Fälle liegt hier aber nicht in der Wiedereinsetzung (so aber BTDrs 7/2729, 70), die nur die versäumte Frist, jedoch nicht ein als Sachurteil ergangenes Versäumnisurteil wieder beseitigen könnte (KG NJW-RR 97, 56 mwN), sondern in der Annahme unverschuldeter Fristversäumung analog § 337 S.1 (vgl. Brandbg NJW-RR 02, 285, 286; Bergerfurth JZ 78, 298, 299; Hartmann NJW 78, 1457, 1460; Kramer ZZP 91, 77, 77).

- 32 Der **Widerspruch gegen einen Mahnbescheid** (§ 694) ersetzt dagegen seit dem Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17.12.90 (BGBl I 2847) die Verteidigungsanzeige nicht mehr, wenn nach Eingang der Anspruchsbegründung das schriftliche Vorverfahren angeordnet wird (§ 697 II 2), worauf der Beklagte hinzuweisen ist (*Hansens* NJW 91, 983, 986; *Holch* NJW 91, 3177, 3178).
- 33 Der Erlass eines Versäumnisurteils ist – erst recht – zulässig, wenn der Beklagte **erklärt**, dass er der Klage **nicht entgegengetreten** will (BTDRs 7/2729, 80). Dasselbe gilt nach dem Zweck des Gesetzes (Rz 1), wenn der Beklagte seine Verteidigungsanzeige zurücknimmt oder widerruft (vgl *Stoffel/Strauch* NJW 97, 2372; *Fischer* NJW 04, 909, 910; *St/J/Leipold* § 276 Rn 31; *Wieczorek/Schützel/Borck* Rn 172 ff; aA *MüKoZPO/Prütting* Rn 43).
- 34 **c) Antrag auf Versäumnisurteil durch den Kläger.** Auch das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren setzt einen (schriftlichen) **Antrag des Klägers** voraus, dass bei Nichtanzeige der Verteidigungsbereitschaft durch den Beklagten das Versäumnisurteil ergehen soll. Der Antrag kann nach Satz 2 schon in der Klageschrift gestellt werden. Ein erst später gestellter Antrag, der Prozess- und kein Sachantrag ist und für den § 270 S 1 nicht gilt (aA München MDR 80, 234, 235), muss (entgegen München aaO; *Geffert* NJW 78, 1418; *Zimmermann* Rn 27) weder zugestellt noch (entgegen *MüKoZPO/Prütting* Rn 48) formlos übermittelt worden sein; die Zusendung mit dem Versäumnisurteil genügt (so KG OLGZ 94, 579, 580 und die hM im Schrifttum (*Musielak/Stadler* Rn 22; *St/J/Grunsky* Rn 38; *Zö/Herget* Rn 12).
- 35 **d) Keine Anberaumung eines Verhandlungstermins.** Ein Urt im schriftlichen Vorverfahren darf nicht mehr ergehen, wenn Haupttermin zur Verhandlung anberaumt ist; eine Rückkehr in das Vorverfahren zwecks Erlasses eines Versäumnisurteils nach § 331 III ist ausgeschlossen (München MDR 83, 324; KG MDR 85, 416; aA *Fischer* NJW 04, 909, 910 für den Fall, dass der Beklagte seine Verteidigungsanzeige widerruft).
- 36 **II. Die Entscheidungen des Gerichts. 1. Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten. Form und Inhalt der Entscheidung** entsprechen grds dem nach mündlicher Verhandlung ergangenen Versäumnisurteil (Rz 15). Im Rubrum sind der Erlass der Entscheidung im schriftlichen Vorverfahren (*Bergerfurth* JZ 89, 296, 300) und der Tag der Übermittlung an die Geschäftsstelle zu vermerken. Diese hat zur Folge, dass eine danach eingehende Verteidigungsanzeige dem Erlass des Versäumnisurteils nicht mehr entgegensteht. Erlassen ist das nicht zu verkündende Versäumnisurteil jedoch erst mit der **Zustellung nach § 310 III 1** (*Unnützer* NJW 78, 985, 986; *MüKoZPO/Musielak* § 318 Rn 7; *St/J/Leipold* § 310 Rn 27 Fn 48; aA mit Übergabe an Geschäftsstelle: LG Stuttg AnwBl 1981, 197, 198; *Rau* MDR 01, 794, 795; *B/L/A/H* § 318 Rn 4; *HK-ZPO/Saenger* § 318 Rn 6), die **an beide Parteien erfolgt sein muss** (BGH NJW 94, 3359, 3360).
- 37 **2. Entscheidungen gegen den Kläger.** Diese sind im schriftlichen Vorverfahren – wie sich im Umkehrschluss aus dem mit dem Justizmodernisierungsgesetz vom 30.8.04 (BGBl I 2198) eingefügten Abs 3 S 3 ergibt – nur noch in Bezug auf die **Abweisung von Nebenforderungen** zulässig, wenn der Kl zuvor darauf hingewiesen worden ist. Die Neuregelung hat den Meinungsstreit über die Zulässigkeit **sog unechter Versäumnisurteile** im schriftlichen Vorverfahren (dazu bejahend: Köln [20 ZS], OLGZ 89, 83, 84; *Brandbg* [4 ZS] NJW-RR 97, 1518; verneinend: Köln [1 ZS], MDR 01, 954, 955; *Brandbg* [7 ZS] NJW-RR 99, 939) erledigt und die Frage unter Berufung auf das Recht des Klägers auf Anhörung in mündlicher Verhandlung nach Art. 6 I EMRK so – wie jetzt bestimmt – entschieden (BTDRs 15/1598, 17). Das ist zu respektieren (*Knauer/Wolf* NJW 04, 2857, 2861; *Huber* JuS 04, 873, 878; aA *Stieper* JR 05, 397, 400).
- 38 **3. Anberaumung eines Verhandlungstermins.** Die Terminbestimmung wird erforderlich, wenn der Kläger – insb nach einem Hinweis auf Bedenken gegen die Zulässigkeit oder Begründetheit seiner Klage – die **Anberaumung eines Termins beantragt** (Köln OLGZ 89, 83, 85). Sie ist ebenfalls geboten, wenn der Kl den Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils nicht stellt oder zurücknimmt (hM: *MüKoZPO/Prütting* Rn 48; *Musielak/Stadler* Rn 22; aA *Kramer* NJW 77, 1657, 1662; *B/L/A/H* Rn 16, die auch hier § 251a anwenden wollen).
- 39 **D. Die Rechtsbehelfe.** Erght das **Versäumnisurteil gegen den Beklagten**, steht diesem der **Einspruch** zu (s. § 338 Rz 6 ff). **Kontradiktorische Prozess- oder Sachurteile gegen den Kläger** beenden die Instanz und sind (nur) mit den allg Rechtsmitteln (**Berufung oder Revision**) anfechtbar, soweit deren Voraussetzungen vorliegen. Die Vorschriften über die sofortige Beschwerde (§ 336 I 1) und den Einspruch (§ 338) sind nicht anwendbar; es kann allerdings eine Umdeutung solcher Rechtsbehelfe in eine Berufung oder Revision in

Betracht kommen (BGH NJW 87, 1204). Die der Klage **tw stattgebende** Versäumnis- und **iÜ abweisende** Schlussurteile (s. Rz 16) sind von dem Beklagten mit dem Einspruch, von dem Kl mit Berufung oder Revision anzugreifen; die Rechtsbehelfe sind voneinander unabhängig (MüKoZPO/*Prütting* Rn 54; Musielak/*Stadler* Rn 24). Gegen den seinen **Antrag auf Erlass des Versäumnisurteils zurückweisenden Beschluss** (s. Rz 28), steht dem Kl die sofortige Beschwerde zu (§ 336 I 1).

§ 331a Entscheidung nach Aktenlage. ¹Beim Ausbleiben einer Partei im Termin zur mündlichen Verhandlung kann der Gegner statt eines Versäumnisurteils eine Entscheidung nach Lage der Akten beantragen; dem Antrag ist zu entsprechen, wenn der Sachverhalt für eine derartige Entscheidung hinreichend geklärt erscheint. ²§ 251a Abs. 2 gilt entsprechend.

A. Normzweck. Die Vorschrift ist mit der Novelle von 1924 (VO v 13. Februar 1924, RGBl. I 135), deren Ziel die Bekämpfung der Prozessverschleppung war (*Volkmar* JW 1924, 345, 345), in Ergänzung zu § 251a II eingefügt worden. Die erschienene Partei kann gegen den säumigen Gegner unter bestimmten Voraussetzungen ein die Instanz beendendes, nicht mehr mit dem Einspruch anfechtbares Urte erreichen.

B. Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Lage der Akten. I. Voraussetzungen für ein Versäumnisurteil. Eine Entscheidung nach § 331a kann nur dann ergehen, wenn auch ein Versäumnisurteil erlassen werden könnte (BGH NJW-RR 90, 342; Schlesw NJW 69, 936). Dazu wird auf die Kommentierung zu § 330 (Rz 3–13) und § 331 (Rz 2–14) verwiesen.

Nach dem **FamFG** sind Entscheidungen nach Lage der Akten nur in den **Familienstreitsachen** (§ 112 FamFG) zulässig. In **Ehesachen** sind instanzbeendende Entscheidungen nach Lage der Akten durch § 130 II FamFG ausgeschlossen (BTDrs 16/6308, 228). Zur früheren Rechtslage nach § 612 IV und § 632 IV aF (MüKoZPO/*Bernreuther* § 612 Rn 8 u § 632 Rn 9; *Zö/Philippi* § 612 Rn 4 und § 632 Rn 6).

Voraussetzung für eine Entscheidung nach § 331a ist **der Prozessantrag** der erschienenen Partei (RGZ 159, 357, 360; Schlesw FamRZ 91, 95, 96), der jedoch bereits in dem (ersten) Termin gestellt werden kann, in dem die Sache vertagt wird (BGH NJW 64, 658, 659). Zulässig ist es, die Entscheidung nach § 331a primär oder hilfsweise statt eines Versäumnisurteils zu beantragen, wenn die in erster Linie begehrte Entscheidung nicht ergehen darf. Unstatthaft ist es dagegen ein **Eventualverhältnis** der Anträge für den Fall, dass der Hauptantrag ist der Sache unbegründet ist (allgM).

II. Frühere streitige Verhandlung (S 2). Für ein **Urte nach Aktenlage gegen die säumige Partei** ist § 251a II 1 anzuwenden. Dieses darf nur ergehen, wenn in der Instanz **eine streitige mündliche Verhandlung stattgefunden** hat. Eine Güteverhandlung nach § 278 II genügt nicht, eine solche nach § 54 ArbGG nur bei Antragstellung (LAG Hamm Urte v 4.3.2011-18 Sa 907/10, juris; sehr str, wie hier Musielak/*Stadler* Rn 4 mwN). Jede Partei soll mindestens einmal in der Instanz von dem Gericht gehört worden sein, bevor in der Sache wegen unentschuldigtem Ausbleibens ein Urte nach Aktenlage ergehen kann (RG JW 30, 141, 142; *Püschel* ZZZP 51, 83, 85); die frühere Verhandlung kann vor einem anders besetzten Spruchkörper oder vor dem Einzelrichter stattgefunden haben (Jena ZZZP 51, 83, 84).

Grundlage der Entscheidung ist die Aktenlage, wie sie sich aus dem gesamten schriftsätzlichen Vorbringen der Parteien und dem Ergebnis einer Beweisaufnahme (vgl BGH NJW 02, 301, 302) bei Antragstellung ergibt. Geänderte Sachanträge und neues Vorbringen stehen einer Entscheidung nicht entgegen; es sei denn, dass das Gericht auch nach § 138 III, IV nicht entscheiden kann, ob es sich um streitiges oder unstreitiges Vorbringen handelt, oder wenn die Anträge oder das tatsächliche Vorbringen der im Termin säumigen Partei nach § 335 I Nr 3 verspätet mitgeteilt worden sind (*Volkmar* JW 24, 345, 348). § 335 I Nr 3 ist nicht anzuwenden, wenn die säumige Partei sich zu dem Prozessstoff bereits erklärt hat (vgl RG JW 30, 141, 142; Ddorf NJW-RR 94, 892, 893).

III. Entscheidungsreife. Die Geständnisfiktion des § 331 I gilt nicht. Vortrag und Beweisangeboten der säumigen Partei muss nachgegangen werden (vgl Hamm NJW-RR 95, 1151). Der Sachverhalt muss für die Entscheidung hinreichend geklärt sein. Dazu ist der gesamte Akteinhalt, einschließlich des Ergebnisses aller früheren Beweisaufnahmen, zu verwerten. Das gilt auch, wenn die Partei, gegen die die Entscheidung beantragt wird, bei der Beweisaufnahme und in dem nach § 370 I unmittelbar im Anschluss daran durchgeführten Verhandlungstermin nicht zugegen war (BGH NJW 02, 301, 302; aA *St/J/Grunsky* Rn 7).

- 8 **C. Entscheidungen des Gerichts. I. Endurteile. Gegen die nicht erschienene Partei** kann jede Art von Urte (Prozess- oder Sachurteil) ergehen. § 251a II ist zu beachten. Es muss einmal mündlich verhandelt worden sein (Rz 5) und das Urte darf nur in einem nach § 251a II 2, 3 bestimmten, der nicht erschienenen Partei formlos mitgeteilten Verkündungstermin ergehen. Durch die Möglichkeit einer nachträglichen Entschuldigung des Ausbleibens sollen unbillige Härten, der hier nicht bestehenden Einspruchsmöglichkeit, vermieden werden (*Volkmar JW 24, 345, 347*).
- 9 Auch **gegen die erschienene Partei** ist eine Endentscheidung durch Urte möglich. § 251a II ist nach seinem Zweck (s. Rz 5) nicht anzuwenden (str wie hier *B/L/A/H Rn 7; St/J/Grunsky Rn 11; Zö/Herget Rn 2; aA MüKoZPO/Prütting Rn 22; Musielak/Stadler Rn 7*). Die **unzulässige Klage** ist – nach Hinweis an den Kl (§ 139 III) – durch Prozessurteil abzuweisen, unabhängig davon, ob die erschienene Partei Versäumnisurteil oder Entscheidung nach Lage der Akten beantragt. Ebenso ist zu verfahren, wenn die **Klage unbegründet** ist, und der anwesende Kl eine Entscheidung nach Lage der Akten beantragt (ganz hM: *B/L/A/H Rn 7; MüKoZPO/Prütting Rn 22; Musielak/Stadler Rn 7; St/J/Grunsky Rn 11; Zö/Herget Rn 2; aA nur Wiczorek/Schütze/Borck Rn 58 ff*, nach dem § 331a nur die Möglichkeiten einer Entscheidung zu Gunsten der erschienenen Partei erweitert). Möglich ist auch die **Verurteilung des anwesenden Beklagten**, wenn die Klage begründet ist und dieser – trotz richterlichen Hinweises – nicht ein Versäumnisurteil nach § 330, sondern eine Entscheidung nach Aktenlage beantragt (*MüKoZPO/Prütting Rn 22*).
- 10 **II. Andere Entscheidungen.** Andere Entscheidungen – auch **Beschlüsse über die Kosten nach § 91a** (*Wiczorek/Schütze/Borck Rn 47*) – sind zulässig. Der nur für Urteile geltende § 251a II ist hier nicht anzuwenden.
- 11 **III. Zurückweisung des Antrages und Vertagung.** Ist die Sache **nicht zur Entscheidung reif**, weist das Gericht den Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten durch nach § 336 S 2 unanfechtbaren Beschl zurück und bestimmt neuen Termin. Eine Anordnung des Ruhens des Verfahrens nach § 251a III ist unzulässig (*Frank NJW-RR 98, 1288*).
- 12 **D. Rechtsbehelfe.** Die Entscheidungen nach Aktenlage sind die Instanz beendende, kontradiktorische Urteile und als solche mit den allgemeinen Rechtsmitteln (Berufung oder Revision) anfechtbar.

§ 332 Begriff des Verhandlungstermins. Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist oder die zu ihrer Fortsetzung vor oder nach dem Erlass eines Beweisbeschlusses bestimmt sind.

- 1 **A. Normzweck.** Die Vorschrift ermöglicht den Erlass eines Versäumnisurteils wie einer Entscheidung nach Lage der Akten (*BGH NJW 64, 658, 65*) in den Fällen, in denen eine Partei zwar nicht im ersten, aber in einem der folgenden Termine säumig ist. Sie wird dann so behandelt, als ob sie bereits im früheren Termin säumig gewesen wäre (*RGZ 14, 343, 344; JW 1903, 65, 66; Gruchot 47, 1177, 1178*). Insofern wird der Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung zwecks prozessökonomischer Erledigung des Rechtsstreits durch Versäumnisurteil oder Entscheidung nach Aktenlage durchbrochen (*RG aaO; Naumbg MDR 94, 1246*).
- 2 **B. Voraussetzungen.** Es muss ein Termin zur mündlichen Verhandlung nach § 215 I bestimmt worden sein. Nach § 370 I gehören dazu auch Termine zur Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht, die kraft Gesetzes zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt sind, was im Falle der Beweisaufnahme durch beauftragte oder ersuchte Richter nach § 370 II 1 angeordnet werden muss. Zur Säumnis bei Nichtverhandeln nach Beweisaufnahme (s. § 333 Rz 6). Nach einem Güte Termin muss – was nach § 279 I 1 Regel sein soll – zugleich Termin zur anschließenden Verhandlung anberaumt worden sein. § 332 gilt dagegen nicht für die allein zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmten Termine (§ 347 II).
- 3 Die Partei muss **säumig** sein. Eine vorangegangene Beweisaufnahme oder Güteverhandlung muss beendet und in die Verhandlung eingetreten sein (*MüKoZPO/Prütting Rn 4; Musielak/Stadler Rn 2*).
- 4 Die Durchbrechung des Grundsatzes der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung wird nach § 342 durch den zulässigen Einspruch aufgehoben (*RGZ 14, 343, 345*); allerdings nach § 345 wieder beseitigt, wenn der Einspruchsführer auch im Einspruchstermin säumig ist (*BGHZ 141, 351, 356*).
- 5 **C. Rechtsfolgen.** Die Rechtsfolge des § 332 besteht darin, dass **bisherige Verhandlungen**, die der säumigen Partei gültig waren, wie Ergebnisse der Beweisaufnahmen, Geständnisse oder Anerkenntnisse der erschie-

nenen Partei grds **unbeachtet** bleiben (RGZ 14, 243, 344), wenn die erschienene Partei das Versäumnisurteil beantragt. Zur Einschränkung des § 332 in den Fällen arglistiger, gegen § 138 I verstoßender Prozessführung durch den erschienenen Kl (s. § 331 Rz 14). Die Rechtsfolge ist in zwei Richtungen einzuschränken: Sie tritt nicht ein, wenn eine Prozesshandlung im früheren Termin Rechtswirkungen für das weitere Verfahren geschaffen hat. Durch die **Verhandlung geheilte Verfahrensmängel** (§§ 39, 295) sind endgültig behoben (allgM). Dieselbe Wirkung soll ein Widerspruch des Beklagten im Urkundenprozess haben; das Versäumnisurteil dann nur als Vorbehaltsurteil ergehen können (sehr str: so Naumbg MDR 94, 1246; MüKoZPO/Braun § 599 Rn 3; Musielak/Voit § 599 Rn 4; richtig dürfte die gegenteilige Ansicht von Musielak/Stadler Rn 1; ThoPu/Reichold § 599 Rn 2; Zö/Greger § 599 Rn 6 sein; denn der Einwand des Beklagten betrifft den Anspruch und ist nicht nur eine »reine« Prozessklärung).

§ 332 hebt die Bindung des Gerichts an die bereits erlassenen End- und Zwischenurteile (§ 318) nicht auf. Eine Grundurteil (§ 304) ist allerdings bei Säumnis des Klägers wirkungslos, da es der in § 330 bestimmten Rechtswirkung entgegensteht (allgM: MüKoZPO/Prütting Rn 3; Musielak/Stadler Rn 3; StJ/Grunsky Rn 2).

§ 333 Nichtverhandeln der erschienenen Partei. Als nicht erschienen ist auch die Partei anzusehen, die in dem Termin zwar erscheint, aber nicht verhandelt.

A. Normzweck. Die Norm verschafft der zur Sache verhandelnden Partei einen Anspruch auf eine Entscheidung durch Versäumnisurteil oder nach Lage der Akten, wenn der Gegner zwar erschienen ist, sich im Verhandlungstermin aber zur Sache nicht einlässt (vgl BGH NJW-RR 86, 1252, 1254).

B. Voraussetzungen. I. Nichtverhandeln. Nichtverhandeln ist die **völlige Verweigerung einer Einlassung zur Sache** (BGH NJW-RR 86, 1252, 1253). Das kann eine Partei im Termin ausdrücklich erklären. Nichtverhandeln liegt auch dann vor, wenn im Anwaltsprozess der Bevollmächtigte im Termin erklärt, nicht aufzutreten (BGH NJW 82, 280, 281; NJW-RR 86, 286, 287; BAG MDR 07, 1023, 1024); anders ist es, wenn er zuvor verhandelt hat (s. Rz 6).

Der **Kl verhandelt** nur, wenn er nach §§ 137 I, 297 I einen **Sachantrag** stellt (BAGE 104, 86, 88; Frankf NJW-RR 98, 280; aA Dresd NJW-RR 01, 792). Der **Beklagte** muss den Abweisungsantrag nicht gem § 297 I erklären (BGH NJW 65, 397); er verhandelt, wenn sich gegen die beantragte Verurteilung wendet (BGH NJW 72, 1373, 1374; Bambg NJW-RR 96, 317, 318). Er verweigert jedoch die Verhandlung, wenn er – nach einer Aufforderung des Gerichts gem § 137 I – keine auf die Entscheidung in der Sache gerichtete Erklärung abgibt (Bambg aaO).

Die **Antragsstellung** (§ 137 I) ist zwar nicht zugleich Einlassung zur Sache und damit ein Verhandeln iSv § 333 (vgl RGZ 10, 386, 391; 132, 330, 336), jedoch idR als solches anzusehen, da darin zugleich eine sachliche oder rechtliche Stellungnahme liegt (BGH NJW 04, 2484, 3486). Die hM nimmt an, dass der Klageabweisungsantrag noch kein Verhandeln ist, wenn ein Anwalt noch nicht schriftsätzlich erwidert hat und ihm eine Stellungnahme nach § 137 II nicht möglich ist (Bambg OLGZ 76, 351, 352; Zweibr OLGZ 83, 329; Ddorf MDR 87, 852; mE zutr aA Wiczorek/Schütze/Borck Rn 40 ff.). Der Beklagte verhandelt, weil er mit dem Abweisungsantrag erklärt, dass er die Klage für unbegründet hält. Unerheblich ist (wie sonst auch), ob er oder sein Vertreter zu sachgemäßer Begründung des Begehrens nach § 137 II, III in der Lage sind.

Beschränkt sich eine Partei in dem Termin auf **Prozessanträge**, die keine aktive Beteiligung am Verfahren darstellen (wie auf Vertagung, Aussetzung oder Ablehnung von Richtern), so verhandelt sie nicht (RGZ 31, 423, 424; BGH NJW-RR 86, 1252, 1253). Das soll auch gelten, wenn hilfsweise ein den Streitgegenstand betreffender Antrag gestellt wird (Frankf WM 82, 1088, 1089). Anders ist es wiederum, wenn die erschienene Partei allein **über Prozessvoraussetzungen** – wie ihre Rüge der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts – **verhandelt** (RG Recht 24 Nr 1275; BGH NJW 67, 728; Dresd NJW-RR 01, 792 – alle zum zweiten VU – dazu § 345 Rz 4). Ein Verhandeln liegt dagegen vor, wenn die Partei einen auf den Streitgegenstand bezogenen **Beweisantrag** stellt (RGZ 31, 423, 424).

II. Früheres Verhandeln und Nachholen der Antragsstellung im Termin. Das Verhandeln in einem früheren Termin ist nach § 332 (s. § 332 Rz 1) unbeachtlich. Die Partei, die **in dem Termin verhandelt** hat, ist dagegen auch dann **nicht säumig**, wenn sie im weiteren Verlauf nicht mehr verhandelt (BAG MDR 07, 1025, 1926; Celle MDR 61, 61; Frankf MDR 82, 153; NJW-RR 92, 1405, 1406, München MDR 11, 384). Das gilt auch für eine Verhandlung nach Beweisaufnahme, wenn im Termin zuvor verhandelt worden ist (BGHZ 63, 94, 95; Hamm NJW 74, 1096, 1097; aA E. Schneider MDR 92, 827). Anders ist es, wenn der Ter-

min mit der Beweisaufnahme begann und die Partei anschließend nicht verhandelt (B/L/A/H Rn 6; Musielak/Stadler Rn 2)

- 7 Das Verhandeln schließt eine »**Flucht in die Säumnis**« wegen andernfalls drohender Präklusion aus (dazu *Deubner* NJW 79, 337, 342; *Schneider* MDR 92, 827, 828). Die davon betroffene Partei sollte daher vor Antragstellung um einen richterlichen Hinweis nach § 139 II dazu bitten. Besteht diese Gefahr (zB auf Grund vom Gericht als hinreichend angesehener Entschuldigung) tatsächlich nicht, kann die Partei bis zum Schluss des Termins noch verhandeln und damit ein Versäumnisurteil abwenden (vgl BGH NJW 93, 861, 862).
- 8 **C. Rechtsfolgen.** Die nicht verhandelnde Partei ist säumig, so dass auf Antrag der anderen Partei – sofern die Voraussetzungen iÜ vorliegen – ein Versäumnisurteil oder eine Entscheidung nach Lage der Akten ergeht. Beantragt die andere Partei trotz richterlichen Hinweises auf die Säumnis des Gegners eine solche Entscheidung nicht, so ist auch sie – selbst wenn sie den Sachantrag stellt und kontradiktorisches Urte beantragt – als säumig zu behandeln und nach § 251a (s. § 330 Rz 20 und § 331 Rz 26) zu verfahren (*St/J/Grunsky* Rn 12; *Wieczorek/Schütze/Borck* Rn 98).
- 9 Wird dagegen ein Versäumnisurteil oder eine Entscheidung nach Lage der Akten beantragt, obwohl die Voraussetzungen des Nichtverhandelns nicht vorliegen, wird der Antrag durch Beschl (§ 336) zurückgewiesen.

§ 334 Unvollständiges Verhandeln. Wenn eine Partei in dem Termin verhandelt, sich jedoch über Tatsachen, Urkunden oder Anträge auf Parteivernehmung nicht erklärt, so sind die Vorschriften dieses Titels nicht anzuwenden.

- 1 Die sprachlich missglückte Vorschrift (dazu *Wieczorek/Schütze/Borck* Rn 1, 2) enthält die Klarstellung, dass die Nichteinlassung auf einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel des Gegners (sog unvollständiges Verhandeln) dem Nichtverhandeln nicht gleichsteht (Mot zur CPO, 232 = Hahn/Mugdan Materialien, 295). Die Rechtsfolgen der Nichterklärung ergeben sich aus §§ 138 III, 427 S 1, 439 III, 446, 453 II, 454.
- 2 Das unvollständige Verhandeln ist von dem teilweisen Nichtverhandeln zu unterscheiden. Letzteres liegt vor, wenn die Partei zu einem teilurteilsfähigen Teil des Streitgegenstandes nicht verhandelt (BGH NJW 02, 145).

§ 335 Unzulässigkeit einer Versäumnisentscheidung. (1) Der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils oder einer Entscheidung nach Lage der Akten ist zurückzuweisen:

1. wenn die erschienene Partei die vom Gericht wegen eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes erfordernte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;
2. wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;
3. wenn der nicht erschienenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war;
4. wenn im Falle des § 331 Abs. 3 dem Beklagten die Frist des § 276 Abs. 1 Satz 1 nicht mitgeteilt oder er nicht gemäß § 276 Abs. 2 belehrt worden ist;
5. wenn in den Fällen des § 79 Abs. 3 die Zurückweisung des Bevollmächtigten oder die Untersagung der weiteren Vertretung erst in dem Termin erfolgt oder der nicht erschienenen Partei nicht rechtzeitig mitgeteilt worden ist.

(2) Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termin zu laden.

- 1 **A. Normzweck.** § 335 regelt Sachverhalte, in denen dem Prozessantrag auf Erlass des Versäumnisurteils zwar nicht entsprochen werden kann, wegen der Behebbarkeit der Verfahrensmängel eine die Instanz abschließende Entscheidung jedoch nicht ergehen darf. Der nicht säumigen Partei wird hier »nur« das Recht auf das Versäumnisurteil abgesprochen (Mot zur CPO, 233 = Hahn/Mugdan, Materialien, 296). In der Regel wird eine Vertagung angezeigt sein, die die anwesende Partei seit der Änderung von 1924 (VO v 13.2.1924, RGBl I 135) allerdings nur noch unter den in § 227 bestimmten Voraussetzungen verlangen kann.
- 2 Die ursprüngliche Fassung enthielt nur die in Nr 1 bis 3 geregelten Fälle (Fehlen behebbarer Prozess- oder Sachurteilsvoraussetzungen; Mängel der Ladung, verspätet mitgeteilter Vortrag oder Sachantrag des Klägers). Der mit der Vereinfachungsnovelle 1976 (BGBl I, 3281) eingefügte Abs 1 Nr 4 schließt den Erlass eines Versäumnisurteils im schriftlichen Vorverfahren aus, wenn die Hinweise und Belehrungen nach § 276 I, II nicht erfolgt sind (BTDRs 7/2729, 70, 80). Abs 1 Nr 5, eingefügt durch Art 8 RDG vom 12.12.07

(BGBl. I S 2840), passt die Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils an die Neuregelung über das Recht zur Zurückweisung von Bevollmächtigten im Parteiprozess an (BTDrs 16/3655, 91).

B. Gründe für den Ausschluss des Versäumnisurteils (Abs 1). I. Fehlender Nachweis eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstands (Nr 1). Von Amts wegen zu berücksichtigen sind va Zulässigkeitsmängel der Klage oder der fehlende Nachweis einer Prozessvollmacht nach § 88 II. Nicht hierunter fallen die nur auf Rüge zu berücksichtigenden Prozesseinreden (wie eine Schiedsvereinbarung nach § 1032) sowie Parteivereinbarungen über eine Rücknahme der Klage oder über den Ausschluss der Klagbarkeit der Forderung (vgl. MüKoZPO/Prütting Rn 5). Eine Sonderstellung nehmen das Verlangen nach Sicherheit für die Prozesskosten (§§ 110, 113) und die Einrede nicht erstatteter Kosten nach früherer Klagerücknahme (§ 269 VI) ein; weil sie den Beklagten berechtigen, die Einlassung zu verweigern. Sie sind zu berücksichtigen, wenn ein entsprechender Antrag einmal gestellt worden ist (str wie hier: Musielak/Stadler Rn 2; Zö/Herget Rn 2; aA B/L/A/H Rn 4; Wieczorek/Schütze/Borck Rn 12 – vAw zu berücksichtigen: wiederum aA MüKoZPO/Prütting Rn 3 – wie andere Prozesseinreden zu behandeln).

Der Verfahrensmangel muss behebbar und die erschienene Partei bereit sein, die geforderten Nachweise zu beschaffen (allgM). Fehlt es daran, ist – nach Erteilung des gem § 139 III gebotenen Hinweises – die Klage durch Prozessurteil abzuweisen (s. § 330 Rz 17, 18 und § 331 Rz 23).

II. Nicht ordnungsgemäße Ladung der nicht erschienenen Partei (Nr 2). Dieser Zurückweisungsgrund setzt voraus, dass die nicht erschienene Partei nach § 214 zu laden war. Er gilt daher nicht, wenn die Ladung entbehrlich war (§ 218) oder eine zulässige Terminsmitteilung (§ 497 II 1) erfolgte. Bedurfte es – wie stets für den Einspruchstermin nach § 341a (BGH NJW 11, 928, 929) – der Ladung, sind die Einhaltung der Ladungs- und Einlassungsfristen (Hamm NJW-RR 91, 895, 896) sowie die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung (vgl. Zweibr OLGR 01, 389, 391 für eine öffentliche Zustellung; AG Neuruppin NJW-RR 03, 2249, 2250 für eine Ersatzzustellung durch Niederlegung) festzustellen und zu protokollieren. Bei der formlosen Ladung des Klägers im amtsgerichtlichen Verfahren (§ 497 I) muss sich das Gericht über den Zugang der Ladung vergewissern (BayVerfGH NJW-RR 01, 1647).

Unanwendbar ist die Vorschrift nach dem Wortlaut und ihrem Zweck, jeder Partei das rechtliche Gehör in der Verhandlung zu gewährleisten, wenn die nicht ordnungsgemäß geladene Partei zwar erscheint, aber nicht verhandelt. § 333 ist anzuwenden (ganz hM: vgl. nur Zö/Herget Rn 3; aA nur Wieczorek/Schütze/Borck Rn 38).

III. Verspätete Mitteilung tatsächlichen Vorbringens oder neuer Sachanträge (Nr 3). Diese Vorschrift, die nur bei Säumnis des Beklagten Bedeutung hat, schließt die in § 331 I angeordnete Geständnisfiktion aus, soweit diesem tatsächliches Vorbringen oder Sachanträge nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sind (MüKoZPO/Prütting Rn 10; Wieczorek/Schütze/Borck Rn 46).

Tatsächliches Vorbringen sind die anspruchsbegründenden Tatsachen, die das Versäumnisurteil tragen. Die Norm erfasst nicht neues, aber unerhebliches Vorbringen (Wieczorek/Schütze/Borck Rn 47). Das soll auch für den Vortrag des Klägers zu den für ihn nachteiligen Tatsachen oder vAw zu prüfenden Tatsachen gelten (MüKoZPO/Prütting Rn 12; St/J/Grunsky Rn 10), was aber nur insoweit richtig ist, als es sich um Erwidernungen zu Einwendungen und Einreden des Beklagten handelt, die auf Grund der Säumnis nicht zu berücksichtigen sind. Soweit der Kl im Termin selbst seinem Klagebegehren entgegenstehende Tatsachen vorträgt, führt das zur Klageabweisung nach § 331 I 2. Fall (s. § 331 Rz 10).

Rechtzeitig mitgeteilt ist Vorbringen, das innerhalb der Einlassungsfrist nach § 274 III, in Folgeterminen in der Frist nach § 132 I dem Beklagten zugetragen wurde. Die längere Frist zur Einziehung von Erkundigungen (§ 282 II) findet wegen der Säumnis des Beklagten keine Anwendung (hM: Musielak/Stadler Rn 4 mwN; Zö/Herget Rn 4). Im Anwaltsprozess muss das Vorbringen zudem durch einen postulationsfähigen Anwalt in einem Schriftsatz mitgeteilt worden sein (Rostock OLGR 97, 75); im Parteiprozess ist zwar keine schriftsätzliche, aber eine so fristgerechte Mitteilung erforderlich, dass sich der Beklagte darauf einrichten kann (Frankf FamRZ 93, 1467, 1468). Rechtzeitig mitgeteilt ist auch mündliches Vorbringen in einem früheren Termin, sofern es in Anwesenheit des Beklagten erklärt wurde oder aber im Protokoll festgehalten und diesem mitgeteilt worden ist (str wie hier wohl ThoPu/Reichold Rn 5; aA nur bei Anwesenheit des Gegners: Musielak/Stadler Rn 4; St/J/Grunsky Rn 12; wieder anders: auch bei Abwesenheit des Gegners: Zö/Herget Rn 4).

Das Vorstehende gilt sinngemäß auch für die Sachanträge (§ 297). Ein Versäumnisurteil ist zulässig bei Beschränkungen des Klageantrages, die nach § 264 Nr. 2 nicht als Klageänderungen anzusehen sind. Das Versäumnisurteil kann ergehen, wenn das Gericht das Vorbringen tw als nicht schlüssig ansieht oder der Kl

Teilleistungen des Beklagten Rechnung tragen will (Wieczorek/Schütze/Borck Rn 50). Dasselbe gilt nach dem Zweck der Norm auch, wenn der Kl im Hinblick auf eine inzwischen erfolgte Leistung des Beklagten im Termin seine Klage dahin ändert, dass er den Rechtsstreit ganz oder tw in der Hauptsache für erledigt erklärt (Köln MDR 95, 103; KG MDR 99, 185; St/J/Grunsky § 331, Rn 26; aA Musielak/Stadler § 331 Rn 15).

- 11 IV. Richterliche Unterlassungen im schriftlichen Vorverfahren (Nr 4).** Die Vorschrift sichert den Normzweck des § 331 III (s. § 331 Rz 1, 28). Dieser setzt die Einhaltung der in § 276 I, II bestimmten Förmlichkeiten voraus. Die Aufforderung zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft muss dazu vom Vorsitzenden verfügt und die Anordnung durch die Unterschrift des Richters gedeckt sein (Celle NdsRpflger 83, 185, 186), die in § 276 II genannten Belehrungen enthalten und dem Beklagten nach § 329 II 2 zugestellt worden sein (Nürnberg NJW 81, 2266).
- 12 V. Zurückweisung des Bevollmächtigten oder Untersagung der weiteren Vertretung (Nr 5).** Nach § 335 I Nr. 5 darf ein Versäumnisurteil nach Zurückweisung oder Untersagung weiterer Vertretung durch den Bevollmächtigten im Parteiprozess nach § 79 III erst ergehen, wenn die Partei für eine andere Vertretung sorgen konnte, wofür die in § 217 bestimmte Frist ausreichend sein soll (BTDrs 16/3655, 91).
- 13 C. Rechtsfolgen. I. Anträge auf Erlass des Versäumnisurteils (§§ 330, 331) oder auf Vertagung (§ 227).**
- 1. Unzulässigkeit des Versäumnisurteils.** Die gemeinsame Rechtsfolge bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Falles des Abs 1 ist, dass kein Versäumnisurteil ergehen darf. Das war primäres Anliegen bei der Erweiterung der Norm um die Nr 4 und 5 (BTDrs 7/2729, 80; 16/3655, 91).
- 14 2. Zurückweisung des Prozessantrags nach § 336 I 1.** Beantragt die erschienene Partei in den Fällen des Abs 1 Nr 1 bis 3 – trotz richterlichen Hinweises – das Versäumnisurteil, so ist der Antrag durch Beschl zurückzuweisen (allgM). In diesem Falle ist nicht zugleich ein neuer Verhandlungstermin anzuberaumen, sondern zunächst die Beschwerdefrist und die Entscheidung abzuwarten. Eine sofortige Terminsberaumung unter Ladung des säumigen Gegners unterliefe den von § 336 I 2 verfolgten Zweck, nach der die erschienene Partei bei unberechtigter Zurückweisung ihres Prozessantrags in einem neuen Termin, zu dem die säumige Partei nicht zu laden ist, das Versäumnisurteil erhalten soll (wie hier: Musielak/Stadler Rn 8; St/J/Grunsky Rn 21; aA Zö/Herget Rn 7). Nach Zurückweisung der sofortigen Beschwerde oder bei Nichteinlegung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist gem § 216 vAw ein neuer Termin anzuberaumen (Musiellak/Stadler Rn 8; MüKoZPO/Prütting Rn 21; St/J/Grunsky Rn 21; aA ThoPu/Reichold Rn 8; Zimmermann Rn 6 – Terminbestimmung nur auf Antrag).
- 15** In den Fällen von Abs 1 Nr 4 kommt eine Zurückweisung des Antrags grds nicht in Betracht, vielmehr sind die unterlassenen Hinweise nachzuholen (allgM) und – wenn die Verteidigungsanzeige auch dann ausbleibt – das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren zu erlassen.
- 16** In den Fällen von Abs 1 Nr 5 läge der Sache nach eine Behandlung analog § 337 nahe; da der Gesetzgeber die richterliche Zurückweisung eines Bevollmächtigten oder die Untersagung der Vertretung jedoch dem § 335 zugeordnet hat, dürfte auch hier wie in den Fällen des Abs 1 Nr 1 bis 3 zu verfahren sein.
- 17 3. Vertagungsantrag der erschienenen Partei nach § 227.** Die erschienene Partei hat seit der Novelle von 1924 nur noch unter den Voraussetzungen des § 227 einen Anspruch auf Vertagung (dazu Volkmar JW 24, 345, 348; wie hier. B/L/A/H Rn 10; ThoPu/Reichold Rn 8; aA MüKoZPO/Prütting Rn 21; St/J/Grunsky Rn 20). Dem Antrag ist aber aus den Gründen des § 227 I 2 Nr 2 zu entsprechen, wenn die das Versäumnisurteil hindernden Gründe auf Ladungsmängeln oder auf dem Unterlassenen rechtzeitiger richterlicher Hinweise nach § 139 III beruhen. Beantragt die erschienene Partei die Vertagung, statt des Versäumnisurteils, so liegt darin auch der Verzicht auch auf die Beschwerde nach § 336 I 1 (Zweibr JW 30, 2069).
- 18** Zu dem neuen Termin ist die nicht erschienene Partei nach § 335 II zu laden; § 218 gilt nicht (wie hier München VersR 74, 674, 675; MüKoZPO/Prütting Rn 21; ThoPu/Reichold Rn 10; aA Zö/Herget Rn 7 unter Berufung auf RGZ 41, 354, 357, wonach Abs 2 nur dann anzuwenden sein soll, wenn ein Antrag auf Erlass des Versäumnisurteils gestellt und zurückgewiesen wurde, was jedoch die ges Anordnungen zur Ladung der nicht erschienen Partei in §§ 335 II, 337 2 und zu ihrer Nichtladung in 336 I 2 in ihr Gegenteil verkehrte).
- 19 II. Anträge auf Entscheidungen nach Lage der Akten.** Mit der Novelle von 1924 ist der Anwendungsbereich der Vorschrift auf Entscheidungen nach Lage der Akten (§ 331a) erstreckt worden, obwohl diese auf anderen Verfahrensgrundlagen – Durchbrechung des Grundsatzes der Mündlichkeit; keine Geständnisfiktion usw (dazu Volkmar, aaO, 348) – beruhen. Das ist bei der Anwendung der Norm zu beachten.

In den Fällen des Abs 1 Nr 1 ist der Prozessantrag auf eine Entscheidung nach Lage der Akten nicht zurückzuweisen, sondern bei behebbaren Mängeln ein Aufklärungs-, Auflagen- und/oder Beweisbeschluss zu erlassen, andernfalls ist die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen (Musielak/Stadler Rn 7; StJ/Grunsky Rn 24).

In den Fällen des Abs 1 Nr 2 und Nr 3 ist – wenn eine Entscheidung nach Lage der Akten beantragt wird – wie beim Versäumnisurteil zu verfahren (MüKoZPO/Prütting Rn 24). Für Abs 1 Nr 3 kommt es darauf an, ob die säumige Partei sich zu dem (neuen) Vorbringen erklärt hat oder wegen Wahrung der in § 132 I bestimmten Frist bis zu dem Termin hätte erklären können, in dem die Entscheidung nach Aktenlage beantragt wird (s. § 331a Rn 7). Abs 1 Nr 4 ist – wegen Unanwendbarkeit des § 331a im schriftlichen Vorverfahren – bedeutungslos. In den Fällen des Abs 1 Nr 5 wird ein Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten zurückzuweisen sein.

Der Prozessantrag ist entspr §§ 335 I, 336 II durch Beschl zurückzuweisen, wenn mangels einer früheren mündlichen Verhandlung (§ 251a II 1) oder rechtzeitig mitgeteilter Entschuldigung des Ausbleibens im Termin, (§ 251 II 4) eine Entscheidung nach Lage der Akten nicht ergehen darf (MüKoZPO/Prütting § 331a Rn 23).

§ 336 Rechtsmittel bei Zurückweisung. (1) ¹Gegen den Beschluss, durch den der Antrag auf Erlass des Versäumnisurteils zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt. ²Wird der Beschluss aufgehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termin nicht zu laden.

(2) Die Ablehnung eines Antrages auf Entscheidung nach Lage der Akten ist unanfechtbar.

A. Entstehungsgeschichte und Normzweck. Die sofortige Beschwerde wurde der erschienenen Partei deshalb eingeräumt, weil mit der Zurückweisung des Versäumnisurteils ein für sie wichtiges Präjudiz verweigert und der säumigen Partei Gelegenheit zur Sanierung des Versäumnisses gegeben wird (Mot zur CPO, 233 = Hahn/Mugdan, 296).

B. Statthaftigkeit und Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde. Das Gericht muss den Prozessantrag auf Erlass des Versäumnisurteils zurückgewiesen haben. Die Zurückweisung des Antrags auf eine Entscheidung nach Lage der Akten ist nach Abs 2 unanfechtbar. Die sofortige Beschwerde ist auch statthaft, wenn der Antrag aus anderen als den in § 335 I genannten Gründen zurückgewiesen wurde (RGZ 63, 364, 365; Hamm NJW-RR 91, 703). Die ganz hM nimmt darüber hinaus an, dass auch die auf § 337 gestützte Vertagung die sofortige Beschwerde eröffnet; dem dürfte aber nicht zu folgen sein (dazu § 337 Rz 11).

Form und Frist der sofortigen Beschwerde ergeben sich aus § 569. Die Notfrist von zwei Wochen beginnt grds mit der Zustellung, spätestens fünf Monate nach der Verkündung des Beschlusses zu laufen (vgl Musielak/Stadler Rn 1 mit zutr Hinweis auf BTDRs 14/4722, 122; unzutr Zö/Herget Rn 3; § 577 II 1 aF mit der Sonderregelung für § 336 ist aufgehoben).

C. Verfahren und Entscheidungen des Beschwerdegerichts. Die Zurückweisung des Prozessantrags beschwert die erschienene Partei, begründet jedoch keine Rechte für den säumigen Gegner. Dieser wird daher im Beschwerdeverfahren nicht gehört und ihm steht – wenn die Beschwerde Erfolg hat und das Versäumnisurteil ergeht – nur der Einspruch gegen die Sachentscheidung zu (RGZ 37, 396, 398; KG MDR 83, 412).

Die unbegründete Beschwerde weist das Beschwerdegericht zurück. Auf die begründete Beschwerde hebt das Beschwerdegericht den Beschl auf und überträgt dem Ausgangsgericht die weiteren Anordnungen. Eine Entscheidung in der Sache – insb der Erlass eines Versäumnisurteils – ist dem Beschwerdegericht verwehrt (BGH NJW 95, 2563, 2564; Hamm NJW-RR 91, 703, 704).

D. Weiteres Verfahren des Ausgangsgerichts. Nach erfolgloser Beschwerde ist vAw zu terminieren und es sind beide Parteien zu laden (s. § 335 Rz 14). Bei erfolgreicher Beschwerde ist nur die erschienene Partei zu laden (Abs 1 S 2). Erscheint die zuvor säumig gewesene Partei dennoch, ist sie zur Verhandlung zuzulassen (Zweibr FamRZ 97, 506), so dass dann kein Versäumnisurteil mehr ergehen kann. Die hM macht eine Ausnahme, wenn die Partei auch den Einspruchstermin versäumt und der Gegner den Erlass eines zweiten Versäumnisurteils (§ 345) beantragt hatte (MüKoZPO/Prütting Rn 5; Musielak/Stadler Rn 2 Fn 8; StJ/Grunsky Rn 21; Zö/Herget Rn 8). Dem ist nicht zu folgen: die Aufhebung des ein (zweites) Versäumnisurteil zurückweisenden Beschlusses im Beschwerdeverfahren führt nicht dieses herbei, sondern zur Fortsetzung der Verhandlung über den Einspruch, in der der Einspruchsführer, wenn er erscheint, in seiner Sache

auch verhandeln darf (zutr daher Wiczorek/Schütze/Borck Rn 25 ff). Erscheint der Beschwerdeführer im neuen Termin nicht oder beantragt er kein Versäumnisurteil, so ist – wenn beide Parteien säumig sind – nach § 251a zu verfahren; andernfalls kann die erschienene Partei ggü der nunmehr säumigen ihrerseits das Versäumnisurteil beantragen.

§ 337 Vertagung von Amts wegen. ¹Das Gericht vertagt die Verhandlung über den Antrag auf Erlass des Versäumnisurteils oder einer Entscheidung nach Lage der Akten, wenn es dafür hält, dass die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen oder dass die Partei ohne ihr Verschulden am Erscheinen verhindert ist. ²Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termin zu laden.

- 1 **A. Entstehungsgeschichte und Normzweck.** Die Norm in der bis 1. Juli 1977 geltenden Fassung befugte das Gericht zur Vertagung, wenn es nach den Umständen zu dem Schluss gelangte, dass die vom Vorsitzenden bestimmten Fristen zu knapp bemessen oder die nicht erschienene Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert war.
Die Vereinfachungsnovelle (BGBl 76, I 3281) hat den Anwendungsbereich der Vorschrift auf alle Fälle schuldloser Verhinderung am Erscheinen erweitert. Die Norm dient damit der Sicherung des Anspruchs auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör (Musielak/Stadler Rn 1; Zö/Herget Rn 1). Liegen die in § 337 S 1 genannten Voraussetzungen vor, darf das Gericht dem Antrag des erschienenen Gegners auf Erlass des Versäumnisurteils oder einer Entscheidung nach Lage der Akten nicht entsprechen, sondern muss vertagen.
- 2 **B. Zu kurze richterliche Frist.** Die Vorschrift bezieht sich nach allgM ausschließlich auf richterlich gesetzte, jedoch nicht auf die gesetzlich bestimmten Ladungs- und Einlassungsfristen (§§ 217, 274 Abs 3), die nicht zu kurz bemessen sein können. Eine richterliche Frist ist zu kurz bemessen, wenn die nicht erschienene Partei auch einen erheblichen Grund für eine Vertagung iSv § 227 vorbringen könnte (vgl Musielak/Stadler Rn 3; Zö/Herget Rn 2).
- 3 § 337 ist in den Fällen des § 333 nicht anzuwenden, also wenn die Partei zwar erschienen ist, aber nicht verhandelt (Hamm NJW 91, 1067; B/L/A/H Rn 4; Musielak/Stadler Rn 1; aA Köln MDR 00, 657, 658; MüKoZPO/Prütting Rn 6). Beruht das Nichtverhandeln auf einem Fehler des Gerichts – wie einem gebotenen, aber erst verspätet erteilten Hinweis – ist der Termin jedoch auf Antrag der betroffenen Partei nach § 227 zu vertagen (B/L/A/H Rn 1; Wiczorek/Schütze/Borck Rn 9).
- 4 **C. Unverschuldete Säumnis. I. Hinderungsgründe in der Sphäre der säumigen Partei.** Die Säumnis der Partei ist unverschuldet, wenn diese auf Grund kurzfristiger und nicht vorhersehbarer Umstände den Verhandlungstermin nicht oder jedenfalls nicht zur anberaumten Zeit wahrnehmen kann. Derartige Hinderungsgründe können sich aus Verkehrsproblemen – Verkehrsstaus, Zugverspätungen (BGH NJW 99, 724; Celle NJW 04, 2534, 2535; OLGR Naumbg 02, 450 LS), Erkrankungen oder Unfällen (BGH NJW 06, 448; KG MDR 99, 185) ergeben. Die betroffene Partei muss jedoch das ihr Zumutbare und Mögliche tun, um ihre Verhinderung dem Gericht rechtzeitig mitzuteilen; andernfalls ist die Säumnis verschuldet (BGH NJW 06, 448, 449; 09, 687, 688).
- 5 Die rechtzeitig angezeigte, unvorhergesehene **persönliche Verhinderung des sachbearbeiteten Anwalts** ist idR unverschuldet, da dies ein erheblicher Grund für eine Terminsänderung (s.o. § 227 Rz 3). ist. Dieser muss (entgegen KG MDR 08, 998, 999) weder kurzfristig für einen Terminsvertreter sorgen noch sich zu diesem Zweck bereits bei Mandatsübernahme eine Untervollmacht erteilen lassen. Die Säumnis infolge **Anwaltswechsels** ist aber nur dann unverschuldet, wenn der Wechsel ohne ein Verschulden der Partei geschah (BGH NJW-RR 08, 876, 878).
- 6 Eine geringfügige Verspätung von bis zu 15 Minuten ist – wenn die Partei dem Gericht den Willen zur Rechtsverfolgung oder Verteidigung schriftsätzlich mitgeteilt hat – als unverschuldet anzusehen. Eine kurze Wartepflicht des Gerichts ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz; die Grundsätze zu fairer Verfahrensgestaltung und zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (Art 20 III, 103 I GG) gebieten jedoch eine solche prozessuale Fürsorge des Gerichts ggü einer Partei, die ihre Mitwirkung im Verfahren angekündigt hat (vgl BGH NJW 99, 724; Stuttg MDR 85, 871, 872; Rostock MDR 99, 626, 627). Anders ist es, wenn die säumige Partei sich bisher in dem Rechtsstreit überhaupt nicht eingelassen hat (vgl OLGR München 07, 186, 187, das allerdings – zu Unrecht – eine Wartepflicht grds verneint).

II. Vom Gericht veranlasste Hinderungsgründe. Unverschuldet ist die Säumnis, die auf Verfahrensfehlern oder Störungen im Geschäftsbetrieb des Gerichts beruht. Solche Fälle sind: die verspätete Ablehnung des Prozesskostenhilfesuchts des Beklagten erst im oder unmittelbar vor dem Termin (Brandbg NJW-RR 02, 285, 286; LG Münster MDR 91, 160; a.A. Kobl OLGZ 90, 126, 127 für die bereits anwaltlich vertretene Partei; aber auch dieser ist eine Überlegungsfrist nach Bekanntgabe der negativen Entscheidung zu ihrem Prozesskostenhilfesuch zuzubilligen), fehlerhafte Aushänge im Gericht hinsichtlich des Saales oder der Terminszeit (Celle NJW-RR 00, 1017) oder ein unzumutbar verspäteter Aufruf der Sache, (zum verfrühten Aufruf – s. § 330 Rz 7) wenn sich die zur anberaumten Zeit anwesende Partei oder ihr Rechtsanwalt mit dem begründeten Hinweis, nicht länger warten zu können, wieder entfernt hat (vgl MüKoZPO/Pütting Rn 5; Wieczorek/Schütze/Borck Rn 87 ff).

III. Standesrecht, Absprachen zwischen den Rechtsanwälten. Standesrechtliche Bestimmungen, die den Rechtsanwalt verpflichteten, ein Versäumnisurteil gegen den anwaltlich vertretenen Gegner, nur nach vorheriger Ankündigung zu beantragen, sind unwirksam (BVerfG NJW 93, 121, 122; NJW 00, 347). Da es solche Regeln nicht mehr gibt, darf kein Rechtsanwalt mehr auf kollegiale Rücksichtnahme vertrauen, dass der Anwalt der Gegenseite nur nach Ablauf einer Wartezeit und nur nach vorheriger Ankündigung ein Versäumnisurteil beantragen wird (BGH NJW 91, 42, 43; Stuttg NJW 94, 1884, 1885; zur früheren Rspr BGH NJW 76, 196). Terminsabsprachen eines Anwalts mit dem Anwalt des Gegners, dass dieser auf ihn warten und keinen Antrag auf ein Versäumnisurteil stellen (Karlsruh NJW 74, 1096, 1097; LG Mönchengladbach NJW-RR 98, 1287) oder einen Kollegen zur Wahrnehmung des Termins für ihn bitten werde (Karlsruh aaO), sind nicht unzulässig. Die Säumnis ist dann nicht verschuldet. Ob der Anwalt, der er auf die Zusage seines Kollegen vertraut, deshalb am Erscheinen verhindert ist, mag zwar zweifelhaft sein (abl MüKoZPO/Pütting Rn 16, 17). Die entsprechende Anwendung des § 337 in den Fällen des unverschuldeten Nichterscheins einer Partei im Termin (vgl Braun ZZP 180, 443, 455 mwN) hat aber ihren Sinn, weil sie der Partei beim zweiten Versäumnisurteil die Anfechtbarkeit wegen fehlender Säumnis erhält (Foerste NJW 93, 1309; wohl auch Wieczorek/Schütze/Borck Rn 114) und eine Prämiierung absprachewidrigen und damit treuwidrigen Prozessierens verhindert.

D. Weiteres Verfahren. I. Entscheidung des Gerichts. Das Gericht hat zu prüfen, ob ein Vertagungsgrund vorliegt. Ist es der Ansicht, dass einer der in S 1 bezeichneten Gründe vorliegt, so muss es vAw vertagen und zu diesem Termin die nicht erschienene Partei nach S 2 laden. Ein Ermessen steht ihm dann nicht zu (MüKoZPO/Prütting Rn 23). Nach hM soll das Gericht jedoch nur solche Hinderungsgründe berücksichtigen dürfen, die offenkundig (§ 291) oder glaubhaft gemacht (§ 294) sind (B/L/A/H Rn 4; MüKoZPO/Prütting Rn 7). Dem Gericht steht indes, wie sich schon aus dem Begriff des Dafürhaltens ergibt, ein weiter (nicht nachprüfbarer – Rz 11) Beurteilungsspielraum zu. Schon nicht auszuräumende Zweifel des Gerichts, dass die Partei unverschuldet am Erscheinen verhindert sein könnte, berechtigen es zur Vertagung (Skonietzki/Gelpcke Anm 4; Wieczorek/Schütze/Borck Rn 20 ff).

II. Rechtsbehelfe. Nach hM steht der erschienenen Partei gegen den Vertagungsbeschluss die sofortige Beschwerde nach § 336 zu, weil die Entscheidung zugleich die Zurückweisung des Antrags auf Erlass des Versäumnisurteils enthalte. (München MDR 56, 684; Nürnberg MDR 63, 507; Hamm NJW-RR 91, 703; B/L/A/H Rn 18; MüKoZPO/Prütting Rn 24; Musielak/Stadler Rn 7; aA LAG Ddorf NJW 61, 2371, 2372; Wieczorek/Schütze/Borck Rn 124 ff.) Letzteres dürfte richtig sein. Wortlaut und systematische Stellung des § 337 hinter dem § 336 sprechen bereits gegen die hM. Das beruht auch nicht auf einem Versehen, sondern war nach den Gesetzesmaterialien so gewollt; die Vertagungsentscheidung nach § 337 sollte – wie sonst auch – grds nicht anfechtbar sein (Mot zur CPO, 233 = Hahn/Mugdan, 296). Die ges Regelung ist iÜ auch sachgerecht (dazu Wieczorek/Schütze/Borck Rn 124 ff).

Hat das Gericht dagegen ein Versäumnisurteil erlassen, obwohl die Verhandlung nach § 337 1 hätte vertagt werden müssen, so ist dieses nicht in gesetzmäßiger Weise ergangen. Der säumigen Partei steht gegen das erste Versäumnisurteil der Einspruch nach § 338, gegen ein zweites die Berufung nach § 514 II 1 zu (B/L/A/H Rn 18; MüKoZPO/Prütting Rn 26; Musielak/Stadler Rn 7).

§ 338 Einspruch. ¹Der Partei, gegen die ein Versäumnisurteil erlassen ist, steht gegen das Urteil der Einspruch zu. ²Hierauf ist die Partei zugleich mit der Zustellung des Urteils schriftlich hinzuweisen; dabei sind das Gericht, bei dem der Einspruch einzulegen ist, und die einzuhaltende Frist und Form mitzuteilen.

- 1 **A. Entstehungsgeschichte und Normzweck.** Der Einspruch ist ein von Angaben und Nachweisen zu Verhinderungsgründen unabhängiger Rechtsbehelf der säumig gewesenen Partei, der den Prozess in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumung befand (Mot zur CPO, 230 = Hahn/Mugdan, Materialien, 294). Die weite Zulässigkeit des Einspruchs ist das Korrelat zu den strengen Säumnisfolgen in §§ 330, 331, nach denen ein Sachurteil gegen den Kl ohne jede Prüfung, gegen den Beklagten ohne eine Prüfung des anspruchsbegründenden tatsächlichen Vorbringens ergeht (Mot zur CPO, 234 = Hahn/Mugdan, Materialien, 296). Soweit der Einspruch statthaft ist, schließt er die Rechtsmittel der Berufung und der Revision aus (§ 514 II, § 565). Das Einspruchssystem des deutschen Rechts nimmt damit im Rechtsvergleich mit anderen europäischen Rechtsordnungen eine Sonderstellung ein (vgl *Steinhauer*, Versäumnisurteile in Europa, 137 ff).
- 2 S 2, eingefügt durch das EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetz vom 18.8.05 (BGBl I 2477), schreibt die Rechtsbehelfsbelehrung vor, um eine erleichterte Vollstreckbarkeit von Versäumnisurteilen in den Mitgliedsstaaten der EG (mit Ausnahme Dänemarks) nach der EuVTVO zu ermöglichen, ohne dass es einer Erklärung der Vollstreckbarkeit bedarf (BTDRs 15/5222, 11).
- 3 **B. Statthaftigkeit des Einspruchs.** S 1 bestimmt die Statthaftigkeit des Einspruchs. Die Voraussetzungen seiner Zulässigkeit sind in §§ 339, 340 und dessen Rechtsfolge ist in § 342 normiert. Die anderen Vorschriften (§§ 340a bis 341a und §§ 343, 344) regeln das gerichtliche Verfahren und die Entscheidungen vor und nach Prüfung des Einspruchs.
- 4 **I. Einspruchsführer.** Der Einspruch steht nur der **säumig gewesenen Partei**, nicht dem Gegner, zu (Naumbg NJW-RR 03, 212). Der Rechtsbehelf kann auch von einer nicht verklagten, aber im Urte bezeichneten **Scheinpartei** eingelegt werden (BGHZ 4, 328, 332; NJW-RR 95, 764, 765). Für den Einspruch fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn auch für die Scheinpartei nur eine offenkundig unrichtige und durch Berichtigung nach § 319 I zu behebende Falschbezeichnung der richtigen Partei vorliegt (Kobl NJW-RR 97, 1352; LG Frankfurt aM NJW-RR 02, 213, 214); das gilt jedoch nicht, wenn das Urte sich gegen sie richtet (Stuttg NJW-RR 09, 1364).
- 5 **II. Änderung des Ausspruchs im Versäumnisurteil.** IdR begehrt der Einspruchsführer mit der Aufhebung des Versäumnisurteils auch die Beseitigung einer materiellen Beschwerde. Das muss jedoch nicht so sein. Da der Einspruch die Säumnisfolgen beseitigt (§ 342), kann er von dem säumig gewesenen Kl dazu eingelegt werden, um eine Klageänderung (§ 263) oder einen Parteiwechsel herbeizuführen (Köln NJW-RR 03, 1408). Zur Teilanfechtung s. § 340 Rz 8.
- 6 **III. Der Erlass eines Versäumnisurteils.** Der Einspruch setzt wie ein Rechtsmittel den **Erlass des Versäumnisurteils** voraus. Ein vorher eingelegter Einspruch ist unwirksam (RGZ 110, 169, 170). Das gilt für die nach § 311 **verkündeten Versäumnisurteile**. Für die **Versäumnisurteile im schriftlichen Vorverfahren** nach § 331 III, die nach § 310 III erst mit Zustellung an beide Parteien (s. § 331 Rz 36) wirksam werden, ist der Einspruch jedenfalls nach Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung (BGH NJW 94, 3359, 3360; Brandbg NJW-RR 96, 766, 767) statthaft. Nach Zustellung an die unterlegene Partei ist der Einspruch, selbst wenn das Versäumnisurteil nicht verkündet oder an den Gegner zugestellt worden ist, schon zur **Beseitigung des Rechtsscheins eines Versäumnisurteils** statthaft (*Zugehör* NJW 92, 2261, 2263; vgl allg BGH NJW 95, 404).
- 7 **IV. Auf Säumnis der Partei beruhendes Urteil.** Nur die auf der **Säumnis beruhende Entscheidung** ist mit dem Einspruch anfechtbar. Ob ein **Versäumnisurteil** ergangen ist, bestimmt sich nicht nach der Bezeichnung, sondern nach dem Inhalt der angefochtenen Entscheidung (BGH VersR 74, 99; 76, 251; NJW 94, 665, 99, 583, 584). Ist die Entscheidung eindeutig als Versäumnisurteil ergangen, soll sie auch dann nur mit dem Einspruch anzufechten sein, wenn sie entgegen § 313b I nicht als Versäumnisurteil bezeichnet worden ist (BGH NJW-RR 95, 257; zw aA Hamm NJW-RR 95, 186, 187). Der **Meistbegünstigungsgrundsatz** ist dagegen einschlägig, wenn ein **Verlautbarungsfehler** vorliegt, also bspw ein kontradiktorisches Urte vom Gericht als Versäumnisurteil bezeichnet wird (BGH NJW 59, 1780) oder ein als Versäumnisurteil bezeichnetes Urte nach seinem Inhalt ein streitgemäßes Urte ist (BGH NJW 99, 583).
- 8 Einspruch ist auch gegen die **gesetzeswidrig** (insb unter Verletzung der §§ 334, 337) **ergangenen Versäumnisurteile** einzulegen (BGH NJW 94, 665; Zweibr NJW-RR 97, 1087). Diese Versäumnisurteile sind nicht mit Berufung oder Revision anfechtbar; der Meistbegünstigungsgrundsatz ist nicht einschlägig, weil die Entscheidung nicht falsch bezeichnet worden ist.

Die Ausschließlichkeit des Einspruchs gilt auch dann, wenn das Gericht nur tw auf Grund der Säumnis, iÜ 9
aber durch streitmäßiges Urte oder durch Beschl nach §§ 116 I, 142 I FamFG entschieden hat (BGH NJW-
RR 86, 1326, 1327; FamRZ 88, 945; NJW-RR 95, 257), wie es für die familienrechtlichen Verbundverfahren
in § 143 FamFG bestimmt worden ist. In diesen Fällen liegt die Gefahr nahe, dass die Partei den falschen
Rechtsbehelf wählt; dieses Risiko ist durch die nunmehr vorgeschriebene Belehrungspflicht des Gerichts
über den Einspruch allerdings minimiert worden.

V. Ausnahmen: Säumnis in der Verhandlung über eine Wiedereinsetzung und Zweites Versäumnisur- 10
teil. § 238 II 2 und § 345 enthalten **Ausnahmen** von dem Grundsatz, dass eine auf Säumnis beruhende
Entscheidung durch den Einspruch angefochten werden kann. In diesen Fällen wird keine Nachsicht ex
lege gewährt.

Der säumigen Partei steht gegen die **Versagung der Wiedereinsetzung** nur das gegen die Hauptsacheent- 11
scheidung zulässige Rechtsmittel zu.

Gegen ein **zweites Versäumnisurteil** ist der Einspruch nach § 345 ausgeschlossen und nur eine Berufung 12
nach § 514 II zulässig, die darauf gestützt sein muss, dass ein Fall schuldhafter Versäumung nicht vorgele-
gen habe (BGH NJW 82, 888; 99, 2120, 2121). Gegen ein **fehlerhaft als zweites bezeichnetes, erstes Ver-**
säumnisurteil steht der Partei der Partei nach dem **Meistbegünstigungsgrundsatz** sowohl der Einspruch
als auch die Berufung zu (BGHZ 73, 87, 88; VersR 84, 287, 288). Auf eine Berufung ist das Versäumnisur-
teil aufzuheben und die Sache zur Verhandlung über die als Einspruch auszuliegende Berufung an das erst-
instanzliche Gericht zurückzuverweisen, ohne dass es noch einer Einspruchsschrift bedarf (Frankf NJW-RR
92, 1468, 1469; insoweit aa Nürnberg OLGZ 82, 447, 449). Der Meistbegünstigungsgrundsatz gilt auch **für**
ein fehlerhaft als erstes bezeichnetes, zweites Versäumnisurteil (vgl BGH NJW 97, 1448), hebt jedoch die
Sperrwirkung des § 514 II 1 grds nicht auf (Brandbg NJW-RR 98, 1286). Ein Einspruchsverfahren ohne
solche Beschränkungen ist nur durchzuführen, wenn die Partei durch irreführende Hinweise des Gerichts
im Einspruchstermin säumig geblieben ist (BGH NJW 97, 1448; Brandbg ZMR 99, 102, 103). In anderen
Fällen ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen und eine Berufung nur unter den Voraussetzungen des
§ 514 II zulässig (Naumbg, Urte v 11.11.97, 1 U 941/97, juris).

C. Belehrung. Vorgeschrieben nach S 2 ist – wie bei der Ladung nach § 215 I – eine **vollständige Bele-** 13
hrung über den Rechtsbehelf als solchen, die Form und die Frist, das anzurufende Gericht und in Anwalts-
prozessen auch über den Anwaltszwang (BTDrs 15/5222, 12), jedoch nicht über die nach § 514 II einge-
schränkte Anfechtbarkeit eines zweiten Versäumnisurteils (BGH MDR 10, 1340, 1341). Ist tw auf Grund
Säumnis, tw durch kontradiktorisches Urte entschieden worden (s. Rz 11) wird darüber zu belehren sein,
welche Teile des Urteils mit dem Einspruch und welche mit der Berufung anzufechten sind.

Nicht ges geregelt sind sie **Rechtsfolgen fehlender oder falscher Belehrungen**. Nahe liegt eine Analogie zu 14
den Regelungen in der StPO (§ 44 Abs 2) und im FamFG (§ 17 II). Das Versäumnisurteil und dessen
Zustellung sind danach wirksam und die Einspruchsfrist beginnt nach § 339 I zu laufen (BGH, NJW 11,
522, 523, aa Thiele MDR 10, 177, 180); der betroffenen Partei ist aber ggf Wiedereinsetzung zu gewähren
(BGH aaO Rn 29– zur Wiedereinsetzung s. § 339 Rz 6 f).

§ 339 Einspruchsfrist. (1) Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine **Notfrist** und
beginnt mit der **Zustellung des Versäumnisurteils**.

(2) **Muss die Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das**
Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnisurteil oder nachträglich durch besonderen Beschluss zu
bestimmen.

A. Normzweck. Die Einspruchsfrist hat dieselbe Funktion wie die Rechtsmittelfristen (Mot zur CPO, 234 1
= Hahn/Mugdan, Materialien, 297). Sie bestimmt, wann die Rechtskraft eines Versäumnisurteils eintritt
(BGH NJW 76, 1940). Mit einheitlichen Fristen von zwei Wochen nach Abs 1 (und von einer Woche in
arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 59 S 1 ArbGG), die verfassungsrechtlich unbedenklich sind (BVerfGE
36, 298, 303), sollte die Praktikabilität erhöht werden (Mot aaO).

B. Zwei-Wochen-Frist (Abs 1). I. Voraussetzungen der Frist. Der **Lauf der Einspruchsfrist** setzt die 2
Zustellung einer Ausfertigung (beglaubigte Abschrift genügt nicht, BGHZ 186, 22, 25) des Versäumnis-
urteils voraus, wodurch sichergestellt wird, dass die beschwerte Partei von der Entscheidung Kenntnis neh-
men kann (BGHZ 164, 347, 353). Die Frist beginnt bei verkündeten Versäumnisurteilen mit der Zustellung