

THÜRINGER OBERLANDESGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 345 ZPO

- 1. Wird in einem Berufungsverfahren ein zweites Versäumnisurteil angegriffen mit der Begründung, dass ein Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe, da im Termin verhandelt worden ist, entspricht der Tenor des Urteils dem eines streitigen Urteils nach Erlass eines 1. Versäumnisurteils und nicht § 345 ZPO.**
- 2. Dass vorliegend dennoch ein 2. Versäumnisurteil vorliegt, ergibt sich aber neben der Überschrift des Urteils daraus, dass das angegriffene Urteil gemäß § 313 b ZPO nicht mit Tatbestand und Entscheidungsgründen versehen ist und ein Fall des § 313 a Abs. 1 ZPO nicht vorliegt, da keine der dort genannten Voraussetzungen gegeben ist.**

Thüringer OLG, Urteil vom 18.04.2002, Az. 1 U 398/01

hat der 1. Zivilsenat des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Pfalzer, die Richterin am Oberlandesgericht Zimmermann-Spring und die Richterin am Landgericht Lichius aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14.03.2002 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird die Sache unter Aufhebung des zweiten Versäumnisurteils des Landgerichtes Mühlhausen vom 27.02.2001 zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen.

Von der Erhebung der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren wird abgesehen.

Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung - auch hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens dem Landgericht vorbehalten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Mit der Klage vom 19.11.1999 hat die Klägerin gegen die Beklagte die Zahlung restlichen Entgelts in Höhe von 99.195,73 DM für die Versorgung der Beklagten mit elektrischer Energie geltend gemacht.

Die Klägerin lieferte der Beklagten Strom in Mittelspannung, der durch den im Eigentum der Beklagten stehenden Trafo in Niederspannung umgewandelt wurde und sodann an der Messeinrichtung, bei der es sich um einen Niederspannungsmesssatz mit sogenannter Wandlermessung handelt, in Niederspannung gemessen wurde. Die zum Ansatz gebrachten Tarifikundenpreise beinhalten Kosten für die Errichtung, Instandhaltung und Instandsetzung sowie Wartung einer Trafostation und des Niederspannungskabelnetzes.

Die Klägerin behauptet, dass die Versorgung der Beklagten mit elektrischer Energie in Niederspannung erfolgt sei, da die Übergabe der Kaufsache gemäß § 18 AVBeltV an der Messeinrichtung stattfinde.

Die Beklagte trägt demgegenüber vor, dass die Versorgung in Mittelspannung erfolgt sei und bei der Versorgung aus dem Mittelspannungsnetz Sondervereinbarungen zu günstigeren Entgelten gelten würden, auf die die Klägerin sie hätte hinweisen müssen. Aus der insoweit fehlenden Aufklärung der Klägerin ihr gegenüber ergebe sich eine Pflichtverletzung der Klägerin, die Schadenersatzansprüche gegen die Klägerin begründe. Bei einer Abrechnung gemäß den Sondervereinbarungen für eine Versorgung aus dem Mittelspannungsnetz ergäbe sich gegenüber der Abrechnung der Klägerin für den Zeitraum 01.11.1991 bis 27.06.1998 eine Zuvielzahlung in Höhe von 298.254,88 DM. Der gleiche Schaden ergäbe sich, wenn man davon ausginge, dass der Strompreis für Niederspannungslieferungen zugrunde zu legen sei, da sie (die Beklagte) die Kosten für die Errichtung, Instandhaltung und Instandsetzung sowie Wartung der Trafostation und des Niederspannungskabelnetzes trage und die Differenz zwischen dem Strompreis für Niederspannungs- und Mittelspannungslieferungen gerade aus diesen Kosten resultiere.

Die Beklagte hat gemäß Schriftsatz vom 10.07.2000 (Blatt 71 ff. d. A.) mit dem obengenannten Betrag gegenüber der klagegegenständlichen Forderung (in Höhe von 99.195,73 DM) die Aufrechnung erklärt und hilfsweise im Wege der Widerklage beantragt, die Klägerin zu verurteilen, 298.254,88 DM nebst 5 % Zinsen hieraus seit Widerklagezustellung an die Beklagte zu zahlen (Blatt 73 d. A.).

In der mündlichen Verhandlung vom 08.08.2000 (Blatt 103 f. d. A.) wurde die Sach- und Rechtslage erörtert. Der Klägervertreter stellte sodann den Antrag aus dem Schriftsatz vom 19.11.1999, nämlich die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 99.195,73 DM nebst 7,18% Zinsen hieraus seit dem 15.07.1998 sowie 15,00 DM Mahnkosten zu zahlen.

Der Beklagtenvertreter erklärte, dass er heute keinen Antrag stellen werde.

Daraufhin beantragte der Klägervertreter, durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Mit Versäumnisurteil des Landgerichtes Mühlhausen vom 08.08.2000 (Blatt 107 d. A.) wurde die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

Die Beklagte legte durch ihren Prozessbevollmächtigten gegen das am 21.08.2000 zugestellte Versäumnisurteil rechtzeitig am 04.09.2000 Einspruch ein und beantragte, das Versäumnisurteil vom 08.08.2000 aufzuheben und die Klage abzuweisen (Blatt 112 d. A.), hilfsweise im Wege der Widerklage die Klägerin zu verurteilen, 223.179,18 DM nebst 5 % Zinsen seit Widerklagezustellung an die Beklagte zu zahlen, hilfsweise, die Klägerin zu verurteilen, 145.345,68 DM nebst 5 % Zinsen seit Widerklagezustellung an die Beklagte zu zahlen (Bl. 120 d. A.).

Mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten, vom 18.10.2000 beantragte die Klägerin, den Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 08.08.2000 zurückzuweisen, das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten sowie die Hilfswiderklage und die Hilfs hilfs widerklage zurückzuweisen (Blatt 126 f d. A.).

In der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2001 (Blatt 159 ff. d. A.) wurde die Sach- und Rechtslage „weiter erörtert“. Die gerichtlichen Hinweise zur Sach- und Rechtslage wurden in das Protokoll - auf das insoweit Bezug genommen wird - aufgenommen.

Sodann stellte der Kläger den Antrag aus dem Schriftsatz vom 18.07.2000 (Blatt 126 d. A.). Nachdem der Beklagtenvertreter erklärt hatte, dass er im heutigen Termin keinen Antrag zur Hauptsache stelle, beantragte der Klägervertreter, durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Daraufhin hat das Landgericht folgendes „zweites Versäumnisurteil“ erlassen: „Das Versäumnisurteil des Landgerichtes Mühlhausen vom 08.08.2000 bleibt aufrechterhalten.“

Dieses zweite Versäumnisurteil wurde dem Beklagtenvertreter am 09.03.2001 zugestellt.

Die Beklagte hat gegen das zweite Versäumnisurteil mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 20.03.2001, beim Landgericht Mühlhausen am 21.03.2001 eingegangen, Einspruch und mit dem am 05.04.2001 eingegangenen Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 03.04.2001 Berufung eingelegt. Über den Einspruch ist noch nicht entschieden.

Mit Beschluss vom 07.06.2001 hat das Landgericht Mühlhausen den Antrag der Beklagten auf Protokollberichtigung vom 20.03.2000 abgelehnt. Dieser Beschluss des Landgerichtes Mühlhausen (Blatt 196, 197 d. A.) wird in Bezug genommen.

Die Beklagte macht mit der Berufung geltend, dass sie in der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2000 streitig zur Sache verhandelt habe und eine Versäumung nicht vorgelegen habe.

Die Beklagte beantragt, das Versäumnisurteil des Landgerichtes vom 27.02.2001 aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht Mühlhausen zurückzuverweisen, hilfsweise, das Versäumnisurteil des Landgerichtes Mühlhausen vom 27.02.2001 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie macht geltend, dass ein Verhandeln im Termin zur mündlichen Verhandlung am 27.01.2001 am ausdrücklichen Willen des Beklagtenvertreters gescheitert sei. Ein Verhandeln setze neben der Erörterung der Sach- und Rechtslage die Stellung eines Sachantrages voraus. Da ausweislich des Sitzungsprotokolls ein solcher Antrag nicht gestellt worden sei, läge ein Verhandeln nicht vor.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist gemäß § 513 Abs. 2 S. 1 ZPO zulässig. Die Beklagte greift mit ihrer Berufung ein zweites Versäumnisurteil an und macht geltend, ein Fall der Versäumung habe nicht vorgelegen; es sei im Termin vom 27.02.2001 verhandelt worden. Zwar entspricht der Tenor des Urteils dem eines streitigen Urteils nach Erlass eines 1. Versäumnisurteils und nicht § 345 ZPO. Dass vorliegend dennoch ein 2. Versäumnisurteil vorliegt, ergibt sich aber neben der Überschrift des Urteils daraus, dass das angegriffene Urteil gemäß § 313 b ZPO nicht mit Tatbestand und Entscheidungsgründen versehen ist und ein Fall des § 313 a Abs 1 ZPO nicht vorliegt, da keine der dort genannten Voraussetzungen gegeben ist.

Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg.

Auf die zulässige Berufung der Beklagten ist das zweite Versäumnisurteil des Landgerichtes Mühlhausen aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil das zweite Versäumnisurteil in unzulässiger, verfahrensfehlerhafter Weise erlassen wurde, das angefochtene Urteil auf diesem Verfahrensverstoß beruht und eine weitere Verhandlung in der Sache erforderlich ist (§§ 26 Nr. 5 EGZPO, 538 Nr. 5 ZPO a. F.). Im übrigen hat die Beklagte die Zurückverweisung der Sache beantragt.

Gemäß § 345 ZPO darf ein zweites Versäumnisurteil nur gegen eine Partei ergehen, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung nicht erscheint oder nicht zur Sache verhandelt.

Ob ein Verhandeln vorliegt, ist aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles für jeden Termin selbständig zu beantworten. Es erfordert eine aktive Beteiligung an der Erörterung des Rechtsstreites vor Gericht, mag sie sich auf eine Tat- oder Rechtsfrage beziehen. Nichtverhandeln i. S. d. § 333 ZPO ist die völlige Verweigerung der Einlassung zur Sache. Eine mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, dass die Parteien ihre Anträge stellen, §§ 137 Abs. 1, 297 ZPO. Sind die Anträge im ersten Termin ordnungsgemäß angebracht, ist ihre Wiederholung in späteren Terminen in der Regel entbehrlich (Urteil des 9. Zivilsenates des BGH vom 27.05.1986, Az. IX ZR 152/85).

Im vorliegenden Fall hat sich die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2001 aktiv an der Erörterung des Rechtsstreites vor Gericht beteiligt. Sie hat sich zur Hauptsache eingelassen und ihre Rechtsansichten, die von denen der Kammer abwichen, geäußert. Dies ergibt sich aus den unbestrittenen Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom

29.05.2001 und den ebenfalls unbestritten gebliebenen Ausführungen im Beschluss des Landgerichtes Mühlhausen vom 07.06.2001 über die Ablehnung des Antrages auf Protokollberichtigung und wird weiterhin dokumentiert in den 1 1/2-seitigen Hinweisen des Gerichtes im Sitzungsprotokoll vom 27.02.2001. Im vorgenannten Schriftsatz führt der Beklagtenvertreter aus, dass die Beklagte Einlassungen zur Sache getätigt hat. Dies wird bestätigt durch die Ausführungen im Beschluss des Landgerichts Mühlhausen vom 07.06.2001, wonach „die Erörterung der Sach- und Rechtslage allein vor dem Hintergrund erfolgte, dass die Rechtsansichten von Kammer und Beklagten abwichen und dass der Beklagten ermöglicht werden sollte, kostengünstig die gerichtliche Auffassung durch das Thüringer Oberlandesgericht überprüfen zu lassen, also kein Streitiges Urteil, sondern ein (weiteres) Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen sollte. Hierauf wurde vor Beginn der Erörterung ausdrücklich hingewiesen. Folgerichtig hat die Beklagte keinen Sachantrag gestellt“ (Blatt 196, 197 d. A.).

Der Senat verkennt dabei nicht, dass der Beklagtenvertreter ausdrücklich keinen Antrag gestellt hat und gerade dies einer Weiterführung des Verfahrens in Richtung auf eine Sachentscheidung entgegen stehen könnte. Dies ist vorliegend aber wegen der besonderen Umstände des konkreten Einzelfalles ausnahmsweise zu verneinen. Aus dem vorgenannten Beschluss des Landgerichtes Mühlhausen vom 07.06.2000 (Blatt 196/197 d. A.) ergibt sich nämlich, dass die Beklagte eine Entscheidung des Gerichtes wünschte, die sie durch die nächste Instanz auf ihre materielle Richtigkeit überprüfen lassen wollte, weil in der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2001 deutlich geworden war, dass die Rechtsansichten der Kammer von denen der Beklagten abwichen. Sodann wurde die Beklagte im vorliegenden Fall gerade aufgrund des Hinweises des Gerichtes veranlasst, „kein Streitiges Urteil, sondern ein (weiteres) Versäumnisurteil gegen sich ergehen“ zu lassen, um „kostengünstig die Überprüfung durch das Thüringer Oberlandesgericht“ zu erreichen. Da im vorliegenden Verfahren die Beklagte aufgrund des gerichtlichen Hinweises zu einer Antragstellung veranlasst wurde, mit der sie ihr dem Gericht bekanntes Anliegen, nämlich, eine überprüfbare Sachentscheidung zu erlangen, gerade nicht erreichen konnte, kann der Nichtstellung eines Antrages gerade keine derartige Bedeutung beigemessen werden, dass die - wie oben dargelegt - im Übrigen aktive Erörterung des Rechtsstreites nicht für die Annahme eines Verhandeln ausreicht, zumal der Vorsitzende gemäß § 139 Abs 1 Satz 1 ZPO darauf hinzuwirken hat, dass die Parteien sachdienliche Anträge stellen.

Selbst wenn man vorliegend zu der Ansicht käme, dass ein Verhandeln nicht vorlag, wäre das Urteil des Landgerichtes Mühlhausen wegen Verstoßes gegen die Grundsätze des „fairen Verfahrens“ aufzuheben und zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Der Anspruch der Partei auf „faire Verfahrensgestaltung“ leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Artikel 20 Abs. 3 GG ab. Es handelt sich um eine verfassungsrechtliche Leitlinie, die das Ermessen des Gerichtes bindet. Der Anspruch auf Fairness verlangt: Das Gericht soll berechenbar prozessieren und auf die Parteien in der jeweiligen Prozesssituation Rücksicht nehmen. Es darf sich nicht selbst widersprechen, die eigenen Fehler und Versäumnisse nicht den Parteien anlasten.

Im vorliegenden Fall wurde - wie oben dargelegt - aufgrund eines fehlerhaften richterlichen Hinweises kein Antrag gestellt. Nach dem richterlichen Hinweis sollte durch den Erlass „eines (weiteren) Versäumnisurteils“ anstatt eines streitigen Urteils eine „kostengünstige Überprüfung durch das Oberlandesgericht Thüringen“ erreicht werden. Dieser Hinweis war fehlerhaft. Unter den Voraussetzungen der §§ 330, 331 ZPO kann ein erstes Versäumnisurteil und unter den Voraussetzungen des § 345 ZPO ein zweites Versäumnisurteil ergehen. Ein „weiteres“ Versäumnisurteil ist nur in der Form eines erneuten ersten Versäumnisurteils möglich, nachdem nach Erlass eines ersten Versäumnisurteil in der darauf folgenden mündlichen Verhandlung verhandelt wird aber in einer weiteren Verhandlung eine Partei erneut bzw. erstmals nicht verhandelt. Im Übrigen ergibt sich aus § 513 ZPO, dass nach Erlass eines Versäumnisurteils eine Überprüfung in der Sache selbst durch das Rechtsmittelgericht nicht durch die Partei, gegen die das Versäumnisurteil ergangen ist, erreicht werden kann. Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann ein Versäumnisurteil von der Partei, gegen die es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden. Und nach § 513 Abs. 2 ZPO kann die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil nur darauf gestützt werden, dass der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

Das angefochtene Urteil beruht auf dem Verfahrensverstoß. Da ein Verhandeln im Sinne des § 345 ZPO vorlag, hätte kein 2. Versäumnisurteil ergehen dürfen, sondern ein (streitiges End-)Urteil erlassen werden müssen.

Der Senat sieht von einer Zurückverweisung gemäß § 540 ZPO nicht ab, da eine eigene Sachentscheidung nicht sachdienlich ist. Der Rechtsstreit ist aufgrund des aufgezeigten Verfahrensmangels noch unaufgeklärt. Es sind nicht lediglich ergänzende Beweiserhebungen erforderlich, sondern erstmals Zeugen zu vernehmen und ggfs. Sachverständigenbeweis zu erheben. Dies (erstmalig) im zweiten Rechtszug zu unternehmen, entspricht nicht der Funktion eines Berufungsgerichts und dem Wesen des Instanzenzuges, sondern ist primär Aufgabe des Gerichtes des ersten Rechtszuges.

Falls die Beklagte - entsprechend dem Vortrag der Klägerin und wovon auch das Landgericht in seinem Hinweis (Bl. 190 d. A.) ausgegangen ist - in Niederspannung versorgt wurde, ist zu berücksichtigen, dass (unstreitig) in dem Tarif für Niederspannungslieferungen die Kosten für die Errichtung, Instandhaltung und Instandsetzung sowie Wartung einer Trafostation und des Niederspannungskabelnetzes enthalten sind, die im vorliegenden Fall aber die Beklagte trägt, da die Trafostation in ihrem Eigentum steht und die Differenz zwischen dem Strompreis für Niederspannungs- und Mittelspannungslieferungen gerade aus diesen für den Stromlieferanten nicht notwendigen Kosten resultiert, so dass über die Höhe des von der Beklagten behaupteten - von der Klägerin bestrittenen - Schadens in Höhe von 298.254,88 DM Beweis zu erheben wäre.

Falls die Beklagte mit elektrischer Energie in Mittelspannung versorgt wurde, wäre ebenfalls über den von der Beklagten behaupteten Schaden in gleicher Höhe Beweis zu erheben.

Die Sache war deshalb gemäß §§ 26 Nr. 5 EGZPO, 538 Abs. 1 Nr. 5 ZPO a. F. zwingend zurückzuweisen, da das zweite Versäumnisurteil fehlerhaft erlassen wurde, das Urteil auf diesem Verfahrensfehler beruht und eine weitere Verhandlung in der Sache erforderlich ist. Im übrigen hat die Beklagte auch die Zurückverweisung beantragt, so dass auch angesichts dessen und der oben dargelegten Gründe eine Zurückverweisung der Sache geboten wäre.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Landgericht zu berücksichtigen haben, dass die Beklagte eine Hilfswiderklage angekündigt hatte und Klage und Hilfswiderklage denselben Gegenstand betreffen und in einem unlöslichen Zusammenhang stehen, so dass ein Teilurteil lediglich über den Klageantrag nicht zulässig ist.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Landgericht vorbehalten, da sich der Umfang des - endgültigen - Obsiegens und Unterliegens der Parteien zur Zeit nicht feststellen lässt. Hinsichtlich der Gerichtskosten hat der Senat von § 8 Abs. 1 S. GKG Gebrauch gemacht.

Ein Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit unterbleibt, da das Urteil keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat.

Eine Festsetzung des Wertes der Beschwer war im Hinblick auf die Änderung des Revisionsrechtes durch das ZPO-Reformgesetz nicht geboten (vgl. Thomas-Putzo, ZPO, 24.Auflage, Randnummer 9 zu § 26 EG-ZPO; Zöller-Gummer, ZPO, 23. Auflage, Randnummer 12 zu § 26 EG-ZPO).

Die Revision war nicht zuzulassen, da einer der in § 543 Abs. 2 ZPO n.F. genannten Revisionszulassungsgründe nicht vorliegt.