



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 53/21

Verkündet am:
2. Dezember 2021
Kirchgeißner
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 78 Abs. 4, § 227 Abs. 1; GG Art. 103 Abs. 1

Ein Rechtsanwalt, der sich selbst vertritt und wegen einer länger andauernden Erkrankung an einem Termin nicht teilnehmen kann, muss sich vertreten lassen, es sei denn, er legt gewichtige Gründe dar, welche seine Anwesenheit erfordern.

BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 - IX ZR 53/21 - OLG Hamm
LG Essen

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 2021 durch den Vorsitzenden Richter Grupp, die Richterin Möhring, den Richter Dr. Schultz, die Richterin Dr. Selbmann und den Richter Dr. Harms

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das zweite Versäumnisurteil des 33. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 5. Februar 2021 wird auf Kosten der Klägerin verworfen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Rechtsanwältin, welche sich in den Tatsacheninstanzen selbst vertreten hat, nimmt die beiden beklagten Rechtsanwältinnen wegen einer angeblich fehlerhaften Bearbeitung eines Scheidungsmandats auf Schadensersatz in Anspruch. Die Klägerin behauptet, schon seit Jahren unter anderem an Migräne und einer Autoimmunerkrankung zu leiden. Das Landgericht hat die Klage wegen Säumnis der Klägerin durch Versäumnisurteil abgewiesen. Nach Einspruch und Verhandlung hat es das Versäumnisurteil aufrechterhalten und die Klage abgewiesen, soweit die Klägerin nach Erlass des Versäumnisurteils ihre Klage geändert und erweitert hatte. Hiergegen hat die Klägerin Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat den Haupttermin mehrfach wegen Verhinderung der Beklagten zu 1, wegen Erkrankung eines Richters und wegen zweier Verlegungsanträge der Klägerin verlegt. Die Klägerin hatte sich dabei zuerst auf § 227 Abs. 3 ZPO und sodann auf ihren Gesundheitszustand berufen. Am

30. Oktober 2020 hat das Berufungsgericht gegen die Klägerin ein Versäumnisurteil erlassen und ihre Berufung zurückgewiesen. Die Klägerin hat fristgerecht Einspruch eingelegt. Nachdem sie die Aufhebung eines ersten Termins zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache erreicht hatte, hat das Berufungsgericht - trotz mehrerer Verlegungsanträge und eines Befangenheitsantrags durch die Klägerin - am 5. Februar 2021 in Abwesenheit der Klägerin verhandelt und - nach Verwerfung ihres Ablehnungsgesuchs - durch ein zweites Versäumnisurteil den Einspruch der Klägerin gegen das erste Versäumnisurteil verworfen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin die Aufhebung des zweiten Versäumnisurteils.

Entscheidungsgründe:

2 Die Revision ist unzulässig.

3 1. Gegen ein zweites Versäumnisurteil eines Berufungsgerichts findet allerdings die Revision gemäß § 565 Satz 1, § 514 Abs. 2 Satz 1 ZPO ohne Zulassung und ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstands statt (BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 - VII ZR 123/18, NJW-RR 2019, 695 Rn. 10; vom 8. Juli 2021 - III ZR 344/20, WM 2021, 1563 Rn. 7, jeweils mwN).

4 2. Doch erfüllt die Revision nicht die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen der § 565 Satz 1, § 514 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

5 a) Ein (erstes) Versäumnisurteil des Berufungsgerichts kann von der Partei, gegen die es erlassen ist, gemäß § 565 Satz 1, § 514 Abs. 1 ZPO mit der Revision nicht angefochten werden. Ein (zweites) Versäumnisurteil, gegen das der Einspruch nicht statthaft ist, unterliegt nach § 565 Satz 1, § 514 Abs. 2 Satz 1

ZPO der Revision insoweit, als sie darauf gestützt wird, dass der Fall der schuldhaften Versäumung nicht vorgelegen habe. Eine zulässige Revision setzt also die schlüssige Darlegung voraus, dass der Termin nicht schuldhaft versäumt worden sei. Wird die fehlende oder unverschuldete Säumnis nicht schlüssig dargelegt, ist die Revision als unzulässig zu verwerfen (BGH, Urteil vom 5. Juli 2018 - IX ZR 264/17, NJW 2018, 3252 Rn. 6 mwN). So verhält es sich im Streitfall.

6 b) Die Klägerin hat den Termin vom 5. Februar 2021 nicht ohne Verschulden versäumt.

7 aa) Eine Partei ist im Sinne der §§ 330 ff ZPO säumig, wenn sie trotz ordnungsgemäßer Bestimmung eines notwendigen Termins zur mündlichen Verhandlung nach Aufruf der Sache am hierzu bestimmten Ort nicht erscheint, bei notwendiger Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht durch einen beim Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten ist oder nicht zur Sache verhandelt. Nicht schuldhaft ist die Säumnis, wenn die Partei oder - bei notwendiger Vertretung - ihr Prozessvertreter an der Wahrnehmung des Verhandlungstermins unverschuldet verhindert war (§ 337 Satz 1, § 233 ZPO, § 276 Abs. 2 BGB), mithin die Sorgfalt einer ordentlichen Prozesspartei gewahrt hat (BGH, Urteil vom 5. Juli 2018, aaO Rn. 8 mwN). Die Verschuldensfrage richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Bei dieser Bewertung ist das Revisionsgericht nicht an den Informationsstand gebunden, über den das Berufungsgericht bei Erlass seiner Entscheidung verfügte (BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 207/14, ZIP 2015, 2191 Rn. 5).

8 Die sich auf einen Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten beziehenden Sorgfaltsanforderungen bestehen auch für einen Rechtsanwalt, welcher sich nach § 78 Abs. 4 ZPO selbst vertritt. Dieser unterliegt keinen geringeren Sorgfaltspflichten. Denn der sich selbst vertretende Rechtsanwalt ist im Verfahren

nicht als Beteiligter, sondern als Rechtsanwalt zu behandeln (BGH, Beschluss vom 21. August 2019 - XII ZB 93/19, FamRZ 2019, 1880 Rn. 8; MünchKomm-ZPO/Toussaint, 6. Aufl., § 78 Rn. 29; Stein/Jonas/Jacoby, ZPO, 23. Aufl., § 78 Rn. 46). Zu seinen anwaltlichen Pflichten gehört auch die Einhaltung der Sorgfaltsanforderungen, die an die Wahrung der einzuhaltenden Fristen (BGH, Beschluss vom 21. August 2019, aaO) und an die Wahrnehmung anberaumter Termine gestellt werden.

9 bb) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat die Klägerin nicht schlüssig dargetan, dass sie den Einspruchstermin unverschuldet versäumt hat. Vielmehr beruht die Säumnis im Termin vom 5. Februar 2021 bereits nach dem klägerischen Vortrag auf einem eigenen Verschulden.

10 (1) Die Klägerin durfte nicht darauf vertrauen, dass der Termin zur Verhandlung über ihren Einspruch wegen ihres Ablehnungsgesuchs verlegt oder die Verhandlung am 5. Februar 2021 vertagt werden würde. Das Berufungsgericht hatte schon vorher mehrfach deutlich gemacht, dass es den Termin nicht verlegen würde. Deswegen musste die Klägerin damit rechnen, dass über ihr Befangenheitsgesuch rechtzeitig - gegebenenfalls auch durch die abgelehnten Richter - entschieden und das Berufungsgericht verhandeln werde (vgl. BGH, Beschluss vom 26. November 2015 - VI ZR 488/14, BGHZ 208, 75 Rn. 10; OVG Schleswig, Beschluss vom 16. Februar 2021 - 4 LA 259/19, juris Rn. 23). Ob das Berufungsgericht das Ablehnungsgesuch mit Beschluss vom 5. Februar 2021 als unzulässig verwerfen durfte, kann dabei dahinstehen. Denn die Revision gegen ein zweites Versäumnisurteil kann nicht darauf gestützt werden, Ablehnungsgesuche der säumigen Partei seien fehlerhaft behandelt worden (BGH, Beschluss vom 26. November 2015, aaO Rn. 16; Urteil vom 24. Januar 2019 - VII ZR 123/18, MDR 2019, 500 Rn. 20).

11 (2) Die Erkrankung der Klägerin machte ihre Säumnis nicht unverschuldet. Zwar kann die plötzliche Erkrankung eines Rechtsanwalts ein unabwendbarer Zufall sein, der es gebietet, den Einspruchstermin nach § 337 ZPO zu vertagen. Dies gilt aber nur für den Fall, dass der Termin trotz aller sonstigen Maßnahmen, welche der Anwalt auch für den Fall einer etwaigen Verhinderung durch Erkrankung oder aus anderen Gründen treffen muss und getroffen hat, nicht eingehalten werden kann. Der säumige Rechtsanwalt muss alles Zumutbare für die Rechtzeitigkeit seines Erscheinens oder die Vertretung seiner Partei im Termin getan haben (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Januar 1985 - I ZR 113/84, VersR 1985, 542; vom 21. August 2019 - XII ZB 93/19, FamRZ 2019, 1880 Rn. 5-7 mwN; KGR Berlin 2008, 713, 714; OLGR Koblenz 1998, 254; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22. Dezember 2005 - I-10 U 76/05, juris Rn. 11). Diesen Anforderungen hat die Klägerin nicht genügt.

12 Es kann unterstellt werden, dass die Klägerin unter anderem an Migräneanfällen und einer Autoimmunerkrankung leidet. Auch kann unterstellt werden, dass sie während eines akuten Migräneanfalls zur Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung des Gerichts nicht in der Lage ist (vgl. die von der Klägerin vorgelegte amtsärztliche Bescheinigung vom 13. Oktober 2020) und sie am 5. Februar 2021 an einem solchen akuten Migräneanfall litt. Aus der amtsärztlichen Bescheinigung ergibt sich jedoch, dass zwar Zeitpunkt und Dauer einer akuten Migräneattacke nicht vorhersehbar sind, die Klägerin aber seit Jahren an dieser Krankheit leidet und sie damit weiß, dass sie jederzeit von einem solchen Anfall betroffen sein und sie dann sehr kurzfristig ihren anwaltlichen Sorgfaltspflichten nicht nachkommen kann. In den Tatsacheninstanzen musste die Klägerin wegen ihres schlechten Gesundheitszustands mehrfach um Fristverlängerung und Terminsverlegung bitten. Sie hätte also Vorkehrungen für den Fall eines akuten Migräneanfalls treffen und einen Vertreter zu dem Termin am 5. Februar

2021 entsenden müssen. Da ihr die Ladung bereits am 8. Januar 2021 zugegangen und ihr spätestens seit September 2020 bekannt war, dass das Berufungsgericht wegen ihrer Erkrankung und insbesondere der von ihr geltend gemachten langen Dauer ihrer Erkrankung nicht bereit war, anberaumte Termine weiter zu verlegen, sondern sie darauf verwiesen hat, dass sie, wenn sie wegen ihrer Erkrankung länger als eine Woche gehindert sei, ihren Beruf auszuüben, nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 BRAO einen Vertreter bestellen müsse, hatte sie auch genügend Zeit, sich um eine Vertretung zu kümmern. Dass sie dazu nicht in der Lage war, hat sie auch in der Revision nicht dargelegt und ist auch ansonsten nicht ersichtlich (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Januar 1985, aaO; LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. März 2009 - 10 Sa 2255/08, juris Rn. 30).

- 13 (3) Die Lage der Corona-Pandemie in Nordrhein-Westfalen und die etwaig hohen Inzidenzzahlen im Februar 2021 - die Revision nennt eine Siebentagesinzidenz von 76 - mussten das Berufungsgericht nicht veranlassen, den Anträgen der Klägerin vom 23. Januar 2021 und vom 4. Februar 2021 auf Verlegung des Verhandlungstermins stattzugeben. Die Klägerin hat in diesen Anträgen auch insoweit keine erheblichen Gründe im Sinne des § 227 Abs. 1 Satz 1 ZPO für eine Verlegung dargetan. Sie hat dargelegt, dass sie aufgrund ihrer Vorerkrankung und ihres Alters einem erhöhten Risiko in Bezug auf den schweren Verlauf einer COVID-19-Infektion ausgesetzt sei, sie aufgrund ihrer Erkrankung am Tag regelmäßig nur deutlich unter drei Stunden arbeitsfähig sei, ihr deswegen die Terminswahrnehmung angesichts der vom Berufungsgericht mitgeteilten voraussichtlichen Dauer von einer Stunde und einer geschätzten Fahrtzeit von zwei Stunden (ohne Sicherheitszuschlag) nicht zuzumuten sei, eine Anreise mit öffentlichen Verkehrsmitteln wegen des Infektionsrisikos und mit dem Auto wegen des akuten Migräneanfalls und der damit verbundenen Eigengefährdung und der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer nicht möglich sei. Sie sieht mithin auch in Be-

zug auf die Pandemie die Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit einer Wahrnehmung des Termins in ihrer Erkrankung und dem daraus für sie folgenden erhöhten Gesundheitsrisiko. Das aber hätte sie, wie bereits ausgeführt, veranlassen müssen, Vorsorge für eine Vertretung zu treffen (vgl. OLG Zweibrücken, MDR 2020, 1274, 1275 f).

14 Entgegen der Revisionsbegründung trifft es nicht zu, dass auch einem Vertreter der Klägerin eine Terminswahrnehmung nicht zumutbar gewesen wäre. Darauf hat sich die Klägerin selbst in ihren Verlegungsanträgen auch nicht berufen. Der Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes in der gegenwärtigen Corona-Pandemie kann zwar im Einzelfall einen erheblichen Grund für eine Verlegung im Sinne des § 227 Abs. 1 Satz 1 ZPO darstellen. Ein lediglich allgemeiner Hinweis auf die Corona-Pandemie und das generelle Infektionsrisiko reicht aber allein nicht aus, um eine Unzumutbarkeit zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2021 - AnwZ (Brfg) 63/18, juris Rn. 9). Das Bundesverfassungsgericht schätzt in diesem Zusammenhang ein gewisses Infektionsrisiko als allgemeines Lebensrisiko ein (BVerfG, Beschluss vom 19. Mai 2020 - 2 BvR 483/20, NJW 2020, 2327 Rn. 9). Aufgrund des vom Berufungsgericht ergriffenen Schutzkonzepts, auf welches die Klägerin hingewiesen worden ist, bestand in der mündlichen Verhandlung kein erhöhtes Ansteckungsrisiko (vgl. BFH, Beschluss vom 22. Oktober 2021 - IX B 15/21, juris Rn. 11). Dabei steht einem Gericht, das Maßnahmen ergreift, um einer zu befürchtenden Schädigung entgegenzuwirken, bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (BFH, Beschluss vom 22. Oktober 2021, aaO). Durch die Corona-Krise ist keine Unterbrechung des Verfahrens durch Stillstand der Rechtspflege im Sinne von § 245 ZPO eingetreten (vgl. BSG, Beschluss vom 26. Mai 2020 - B 12 KR 20/20 B, juris Rn. 12). Auch Präsenzverhandlungen sind durchgeführt worden und waren nach den Corona-Regeln erlaubt, welche immer

Ausnahmen für die Wahrnehmung von Gerichtsterminen vorsahen (vgl. Baudewin/Scheffer, NJW 2021, 2495, 3500; vgl. für Rheinland-Pfalz OLG Koblenz, Beschluss vom 11. Mai 2020 - 13 UF 128/20, juris Rn. 40). Aus den von der Klägerin mit ihrem Ablehnungsgesuch vorgelegten Listen über Gerichtstermine des Oberlandesgerichts Hamm Anfang Februar 2021 ergibt sich, dass dort Termine teilweise aufgehoben wurden, teilweise aber auch stattgefunden haben und stattfinden durften. Von einer generellen Unzumutbarkeit einer Terminswahrnehmung kann also nicht die Rede sein.

- 15 (4) Das Berufungsgericht war auch nicht verpflichtet, der Klägerin nach § 128a Abs. 1 Satz 1 ZPO zu gestatten, sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Zum Zeitpunkt, als die Klägerin dies beantragt hatte, gab es ausweislich des den Antrag der Klägerin zurückweisenden Beschlusses vom 20. November 2020 die für eine Verhandlung gemäß § 128a ZPO erforderliche Technik beim Berufungsgericht noch nicht. Es kann unterstellt werden, wie die Revision unter Hinweis auf den Internetauftritt des Berufungsgerichts vorträgt, dass das Berufungsgericht seit Mitte Dezember 2020 technisch entsprechend ausgerüstet war. Einen erneuten Antrag nach § 128a ZPO hat die Klägerin nach der Terminierung auf den 5. Februar 2021 aber nicht mehr gestellt. Auch von Amts wegen war das Berufungsgericht im Hinblick auf die nunmehr vorhandene Technik nicht verpflichtet, ein Vorgehen nach § 128a Abs. 1 Satz 1 ZPO in Erwägung zu ziehen. Denn die Klägerin hat ihren Verlegungsantrag vom 23. Januar 2021 mit ihrer Berufsunfähigkeit und den Antrag vom 4. Februar 2021 durch Vorlage der Atteste in erster Linie mit ihrer Arbeits- und Verhandlungsunfähigkeit begründet; eine Teilnahme an der Verhandlung wäre ihr deswegen auch nicht im Wege der Bild- und Tonübertragung möglich gewesen.

16 c) Das Berufungsgericht musste der Klägerin zur Wahrung ihres verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG; vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 207/14, ZIP 2015, 2191 Rn. 9 mwN) nicht die Möglichkeit verschaffen, persönlich am Verhandlungstermin teilzunehmen. Diese hatte genügend Gelegenheit, zur Sache vorzutragen. Ihre persönliche Anwesenheit war zur weiteren Klärung der Sach- und Rechtslage nicht erforderlich. Ihr ist rechtzeitig unter Hinweis auf § 53 Abs. 1 Nr. 1 BRAO mitgeteilt worden, dass der Termin nicht verlegt würde und dass sie für eine Vertretung sorgen müsse. Die Beauftragung eines Vertreters durfte die Klägerin nicht deswegen ablehnen, weil sie persönlich an einer ihre Angelegenheiten betreffenden mündlichen Verhandlung teilnehmen wollte, so es ihr Gesundheitszustand zuließ.

17 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass dann, wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist, die Erkrankung der Partei selbst nicht zu einer Terminsverlegung zwingt, wenn und weil ihr Prozessbevollmächtigter zur Verfügung steht. Durch ihn kann die Partei ihre Rechte in dem Verfahren normalerweise angemessen und effektiv wahrnehmen. Etwas anderes gilt nur, wenn gewichtige Gründe die persönliche Anwesenheit der Partei erfordern (BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2014 - AnwZ (Brfg) 45/14, juris Rn. 6; BVerwG, Urteil vom 30. August 1982 - 9 C 1/81, DÖV 1983, 247; Beschluss vom 4. August 1998 - 7 B 127/98, juris Rn. 2; Schmidt-Räntsch in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl., § 112c BRAO Rn. 253). Solche gewichtigen Gründe ergeben sich nicht schon aus der Bedeutung, welche der Prozess für die Partei hat (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2014, aaO Rn. 7; Urteil vom 3. Mai 2021 - AnwZ (Brfg) 63/18, juris Rn. 15). Das bloße Anwesenheitsinteresse einer anwaltlich

vertretenen Partei ist durch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht geschützt (BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2014, aaO Rn. 6 aE).

- 18 Entsprechendes gilt auch dann, wenn der sich nach § 78 Abs. 4 ZPO selbst vertretene Rechtsanwalt es bei einer länger andauernden Erkrankung, welche ihm die Anreise zum und eine Teilnahme am Termin unmöglich macht, ablehnt, sich vertreten zu lassen. Auch hier müssen gewichtige Gründe die persönliche Anwesenheit der Partei erfordern, um das Gericht zur Verlegung des Verhandlungstermins zu zwingen. Solche gewichtigen Gründe hat die Klägerin nicht dargelegt. Sie hat sich stets nur allgemein auf ihr Interesse an dem Rechtsstreit berufen. Dabei ist der Prozess im Hinblick auf die Höhe des Streitwerts und die Wichtigkeit für die Klägerin noch nicht einmal von existenzieller Bedeutung. Sie hätte die Informationen, welche für den Rechtsstreit von Bedeutung waren,

einem Prozessvertreter übermitteln können, wegen ihres behaupteten schlechten Gesundheitszustandes gegebenenfalls auch schriftlich, telefonisch oder durch Bild- und Tonübertragung.

Grupp

Möhring

Schultz

Selbmann

Harms

Vorinstanzen:

LG Essen, Entscheidung vom 25.09.2019 - 18 O 363/18 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 05.02.2021 - I-33 U 48/19 -