



## Einleitung

„Nirgends so wie im Versäumnisverfahren sammeln sich wie in einem Brennpunkt die Strahlen, von denen die Struktur des ganzen Prozesses beleuchtet werden kann. Nirgends so klar wie hier tritt die Einbettung des Gerichtsverfahrens in das allgemeine Gefüge der Staatsverfassung, treten die verfassungsgeschichtlich wichtigen Züge des Prozesses dem Rechtshistoriker vor Augen“.<sup>1</sup>

Unter anderem mit diesen einleitenden Worten erklärte *Mitteis* mit einem im Jahr 1921 erschienen Aufsatz, warum es lohnenswert sei, sich mit dem Wesen des Versäumnisverfahrens in einer Prozessordnung auseinanderzusetzen. Ähnlich äußerte sich *Kohler*, der wenige Jahrzehnte zuvor das Kontumazialverfahren als den „Prüfstein für den Charakter des Prozesses und für die grundsätzlichen Prinzipien, welche denselben beherrschen“ bezeichnete.<sup>2</sup> Auch hat – so *Schima* – das Recht der Versäumnis anders als die Mehrzahl der Prozessrechtssätze einen „ausgesprochen ethischen Gehalt und berührt die Interessen der Allgemeinheit in besonderem Maße“.<sup>3</sup>

Die Frage, wie mit einer nicht in ordnungsgemäßer Weise am Verfahren partizipierenden Partei umzugehen sei, ist vermutlich so alt wie das Prozessrecht selbst. Die Fülle denkbarer Lösungsansätze für dieses Problem kann deshalb kaum überblickt werden. Thema dieser Arbeit ist die Darstellung und Analyse des vom Unionsprozessrecht zu dieser Problematik gefundenen Lösungsansatzes. Konkret geht es dabei um die umfassende Aufarbeitung und Untersuchung des unionsrechtlichen Versäumnisverfahrens.

Die wissenschaftliche Aufarbeitung dieses Rechtsinstituts ist für den Unionsprozess bisher allenfalls in Ansätzen unternommen worden. Dies lässt sich mit dessen lange Zeit praktischer Bedeutungslosigkeit erklären.<sup>4</sup> Demgegenüber ist seit etwa Beginn der 90er Jahre eine Zunahme der kontradiktorischen Verfahren vor Unionsgerichten und eine damit korrelierende gesteigerte Bedeutung der von Unionsgerichten erlassenen Versäumnisurteile auszumachen.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> *Mitteis*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Vol.: 42 (1921), S. 137 (138).

<sup>2</sup> *Kohler*, Prozeßrechtliche Forschungen (1889), S. 1; *Steinhauer*, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 20. Aus umgekehrter Perspektive behauptet *Steuerwald*, „daß das Versäumnisverfahren eines Staates richtig nur aus dem Aufbau des ganzen Prozeßverfahrens verstanden werden kann“, vgl. *Steuerwald*, Das Versäumnisverfahren (1938), S. 32. Vgl. auch *Stürzer*, AcP 8 (1825), S. 395: „Es ist unstreitig eine der wichtigsten Aufgaben der Prozeßgesetzgebung, dem Ungehorsame des Beklagten mit der Antwort – einen angemessenen Rechtsnachteil zu bestimmen.“

<sup>3</sup> *Schima*, Die Versäumnis (1928), S. 1.

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Wägenbaur*, in: EuGH-VerfO, Art. 122 EuGVfO, Rn. 1; *Tichadou*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (2014), § 26, Rn. 27. Ein wenig ausführlicher ist die Darstellung von: *Kirschner/Klüpfel*, Das Gericht erster Instanz (1998), Rn. 144. Doch auch dort wird die geringe praktische Bedeutung des Versäumnisverfahrens betont. *Ule*, Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen? – DJT-Gutachten (1966), S. 72, empfahl sogar die ersatzlose Abschaffung des Versäumnisverfahrens.

<sup>5</sup> So auch *Tichadou*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (2014), § 26, Rn. 27; beispielhaft: EuGH, Urt. v. 13.11.2001 – Rs. C-59/99 (Kommission/Manuel Pereira Roldao & Filhos u.a.); Urt. v. 11.10.2001 –



Trotz dieser Bedeutungssteigerung hat sich in der Rechtsprechung des EuGH<sup>6</sup> für eine Vielzahl konkreter Regelungspunkte noch keine eindeutige und methodisch fundierte Rechtsprechungslinie entwickelt. Dies hat zu Rechtsunsicherheiten geführt, die der Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit des gerichtlichen Entscheidungsprozesses in nicht unerheblichem Maße abträglich sind. Dabei wird die Arbeit zeigen, dass die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung nicht zuletzt auf Regelungsdefizite im Verfahrensrecht zurückzuführen ist, die einer kohärenten und sinnvollen Handhabung entgegenstehen.

Hinzukommt, dass die jüngsten Verfahrensnovellen zu substantiellen Änderungen des EuG-Versäumnisverfahrens geführt haben.<sup>7</sup> Exakter Inhalt und Implikationen dieser Änderungen sind bisher ungeklärt und bedürfen der Spezifizierung. Der weite Normwortlaut des neugefassten Art. 123 EuGVfO eröffnet hier Spielraum für verschiedene Interpretationen. Die Sinnhaftigkeit und Kohärenz der sich daraus ergebenden divergierenden Lösungsansätze gilt es zu bestimmen und zu bewerten.

Neben der unmittelbaren Betrachtung der säumnisspezifischen Regelungen dient die Bearbeitung der Analyse der systematischen Einbettung des Versäumnisverfahrens in den prozessualen Verfahrensablauf. Hierfür muss untersucht werden, ob die im Säumnisrecht getroffenen Wertungsentscheidungen in einem konvergenten Verhältnis zu nicht-säumnisspezifischen Verfahrensregelungen stehen (horizontale Betrachtung). Darüber hinaus stellen sich grundsätzliche Fragen zur Beziehung des Versäumnisverfahrens zu übergeordneten Verfahrensgrundsätzen bzw. -maximen (vertikale Betrachtung).

Eine solche Untersuchung wird ohne eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Analyse nicht gelingen. Erst eine rechtshistorische Untersuchung des Versäumnisverfahrens kann verständlich machen, dass das unionsrechtliche Prozessrecht kein vollständig vom Rest des rechtswissenschaftlichen Europas isoliertes Novum darstellt, sondern seinen geistigen Ursprung tief in den Rechtstraditionen der europäischen Staatengemeinschaft hat.<sup>8</sup> Die vergle-

---

Rs. C-77/99 (Kommission/Oder-Plan Architektur u.a.); Rs. 605/13 P (Anbouba/Rat); Beschl. v. 11.09.2014 – Rs. C-521/13 P (Think Schuhwerk/HABM); EuG, Urt. v. 25.05.2016 – Rs. T-226/14 (Kommission/McCarron Poultry); Beschl. v. 20.03.2014 – Rs. T-43/13 (Donnici/Parlament); Urt. v. 11.07.2013 – Rs. T-208/12 (Think Schuhwerk/HABM); vgl. für weitere Nachweise *Lenaerts/Maselis/Gutman*, EU Procedural Law (2014), 25.31; im Übrigen siehe im Detail, Kap. 2.A.II und bereits an dieser Stelle die Graphik Nr. 5 im Anhang unter Abbildungen (S. 374 ff.). Zur allgemein gesteigerten Bedeutung prozessualer Fragen, vgl. auch: *Kamann/Weinzierl*, EuR 2016, S. 569. Dazu etwa: *Nissen*, Intervention Dritter (2001), S. 19. Spezifisch in Bezug auf die Intervention Dritter in Verfahren vor dem EuGH, wird dort eine rasante Zunahme Interventionsanträgen verzeichnet, weshalb es geboten schein, dieses Rechtsinstitut wissenschaftlich aufzuarbeiten.

<sup>6</sup> Im Folgenden bezeichnet der Begriff „EuGH“ die gesamte gerichtliche Institution, während die Begriffe „EuG“ und „Gerichtshof“ die unterschiedlichen gerichtlichen Instanzen bezeichnen.

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Wägenbaur*, in: EuGH-VerfO, Art. 123 EuGVfO, Rn. 1; zum Inhalt: *Lasok*, Practice and Procedure (2017), Rn. 16.57.

<sup>8</sup> Dies erkennt auch *Everling*, Verfahren der Gerichte, in: Form und Gestalt (2012), S. 383 (S. 384), der bemängelt, dass der Einfluss des Unionsrechts auf nationale Rechtsordnungen zwar hinlänglich untersucht werde, die „umgekehrten Einflüsse der nationalen Regelungen und ihrer Fortentwicklungen auf das Gemeinschaftsprozessrecht“ hingegen weniger behandelt würden.



chende Kontextualisierung eröffnet einen Einblick in den dogmatischen Unterbau des Unionsprozessrechts. Zudem ermöglicht die vergleichende Analyse ein besseres Verständnis für die grundlegende Bedeutung des Prozessrechts und seiner einzelnen Institute in einer Rechtsgemeinschaft und einer vom Recht bestimmten bürgerlichen Gesellschaft.<sup>9</sup> Auch wenn in den vergangenen Jahren teilweise ein Umdenken zu verzeichnen war,<sup>10</sup> fristet das Verfahrensrecht der EU in der Rechtswissenschaft noch immer ein Schattendasein.<sup>11</sup> In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung direkter unionsrechtlicher Rechtsschutzmechanismen besteht hier Nachholbedarf. Hierfür muss das Rad nicht neu erfunden werden. Viele Rechtsinstitute und Figuren wurden in der Vergangenheit bereits einer umfassenden dogmatischen Analyse unterzogen. Hieran kann auch für das Unionsprozessrecht angeknüpft werden.

Aus diesem Grund steht am Eingang der Bearbeitung zunächst eine historische und vergleichende Betrachtung des Versäumnisrechts (Kap. 1). Hier sollen sowohl konzeptionelle Gemeinsamkeiten als auch divergierende Lösungsansätze anhand einiger ausgewählter Verfahrensordnungen evoziert werden. Sodann erfolgt eine detaillierte Analyse des unionsrechtlichen Versäumnisverfahrens (Kap. 2). Ausgangspunkte dazu sind die Normen der Verfahrensordnungen und der Satzung des EuGH. Die darin enthaltenen gesetzgeberischen Entscheidungen sind unter Einbeziehung der rechtshistorischen und vergleichenden Erkenntnisse zu analysieren und auf deren Sinnhaftigkeit und Schlüssigkeit zu überprüfen. Abschließend sollen die erarbeiteten Befunde systematisiert, spezifische Problembereiche extrahiert und durch Erarbeitung von Lösungsansätzen Zukunftsperspektiven entwickelt werden (Kap. 3). Dabei soll sowohl das systematische Verhältnis des Säumnisrechts innerhalb des normativen Verfahrenssystems als auch das Zusammenspiel zwischen Versäumnisverfahren und den allgemeinen Verfahrungsgrundsätzen des Unionsverfahrensrecht näher beleuchtet werden.

---

<sup>9</sup> Ähnlich bereits *Schima*, Die Versäumnis (1928), S. 1, der unter Berufung auf *Sperl* den Versuch unternommen hat, im Wege rechtshistorischer und -vergleichender Analyse das „Wesen der ganzen Einrichtung“ (S. 1) des Kontumazialprinzips zu erfassen.

<sup>10</sup> Vgl. dazu etwa *Kamann/Weinzierl*, EuR 2016, S. 569. Diese betonen die Zunahme des unionsrechtlichen Selbstverwaltungsrechts, welche mittelbar zum Bedeutungszuwachs des unionsrechtlichen Prozessrechts führe. Siehe auch *Dauses/Henkel*, EuZW 2000, S. 581, welche konkret das Institut der Streithilfe untersuchen, und dort bemängeln, dass es in der Literatur und Praxis bisher keine hinreichende Beachtung erfahren habe. *Nissen*, Intervention Dritter (2001), S. 19, untersucht das Institut der Intervention im Unionsprozessrecht und bemängelt dessen mangelnde Aufarbeitung in der Rechtswissenschaft.

<sup>11</sup> So noch *Allkemper*, EWS 1995, S. 336; *Everling*, Überlegungen zum Verfahren, in: FS Rodríguez Iglesias (2003), S. 537 (S. 550): „Verfahrensfragen werden von der Theorie oft gering geschätzt. Sie haben in der Praxis aber häufig weitreichende Auswirkungen auf die inhaltliche Orientierung der Rechtsprechung“. Vgl. auch *Barents*, CMLR 51 (2014), S. 1437 (S. 1440 f.).





## Kapitel 1

### Gemeinsame Grundstrukturen des europäischen Versäumnisverfahrens

Das Unionsprozessrecht ist das Produkt eines Diskurses zwischen Rechtsgelehrten verschiedener Nationen, die ihren jeweiligen rechtskulturellen Hintergrund in die Debatte einbringen.<sup>12</sup> Es ist damit typisch für das Unionsrecht im Allgemeinen.<sup>13</sup> Auch die Grundlagen des unionsrechtlichen Versäumnisverfahrens müssen in diesem europäischen Kontext analysiert werden. Nach einer knappen begrifflichen Einordnung (A.) ist dafür zunächst eine rechtshistorische (B.) und rechtsvergleichende (C.) Untersuchung vonnöten, wobei die rechtsvergleichende Untersuchung sowohl zivilprozessuale als auch transnationale und verwaltungsprozessuale Versäumnisregelungen zum Gegenstand hat.

#### A. Ausgangssituation und Begrifflichkeiten

Zu den drängendsten Problemen jedes staatlichen Gerichtsverfahrens gehört wohl schon immer die Frage, wie mit einer Situation umzugehen sei, in der eine Partei die Mitwirkung am gerichtlichen Verfahren verweigert.<sup>14</sup> Das Versäumnisverfahren dient der Lösung dieser Problemstellung.<sup>15</sup>

Obwohl das Versäumnisverfahren in der modernen deutschen Rechtswissenschaft sowohl hinsichtlich seiner Funktion als auch seiner zumindest groben verfahrensrechtlichen Ausgestaltung inhaltlich aufgeladen wurde und überwiegend im Kontext des Zivilprozessrechts verwendet wird,<sup>16</sup> lässt sich dieser Begriff, insbesondere unter rechtshistorischer Betrachtung,

---

<sup>12</sup> Vgl. wiederum *Everling*, Verfahren der Gerichte, in: Form und Gestalt (2012), S. 383 (S. 384). Dazu im Detail bereits Fn. 8.

<sup>13</sup> Zu den Vorteilen und Herausforderungen dieses „mixture of legal traditions“, vgl. etwa: *Edward*, The Nature, in: Festschrift til *Ole Due* (1994), S. 31 (S. 40 f.).

<sup>14</sup> *Braun* formuliert diesen Aspekt wie folgt: „Was ist zu tun, wenn der Beklagte bei dem gegen ihn angestregten Verfahren nicht mitspielt? [...] Denn was nützt es dem Kläger, wenn er sich zwar an ein Gericht wenden kann, dieses aber bei Nichtbeteiligung des Beklagten nicht in der Lage ist, das Verfahren durchzuführen?“, vgl. *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts (2014), S. 24. *Degenkolb* beschreibt den Einlassungszwang des Beklagten „als das unerlässliche Complement und seine Grundlage als eine der unerlässlichen Grundlagen zum materiellen Recht“, *Degenkolb*, Einlassungszwang (1877), S. 6; ähnlich: *Kohler*, AcP 80 (1893), S. 141 (S. 196).

<sup>15</sup> In den Worten von *Schima*, Die Versäumnis (1928), S. 29: „Seitdem die Selbsthilfe schlechthin verboten ist, muß eben im Prozeßwege der Partei auch dann zu ihrem Rechte verholffen werden, wenn ihr Gegner die Mitwirkung am Rechtsstreite versagt. Umgekehrt wurde durch diese Erweiterung der prozessualen Möglichkeiten die Selbsthilfe entbehrlich“. Vgl. im Übrigen ebd., S. 2 f.; grundlegend auch *Grunsky*, Grundlagen (1974), S. 190 f.

<sup>16</sup> Für das enge begriffliche Verständnis bereits *Steuerwald*, Das Versäumnisverfahren (1938), S. 1; *Creifelds*, Rechtswörterbuch (2016), unter Versäumnisurteil. Dort werden dem Versäumnisverfahren typische Eigenschaften zugeordnet. So sei dieses z.B. Ausdruck des im Zivilprozess herrschenden Beibringungsgrundsatzes. Ebenso *Toussaint*, in: Vorwerk/Wolf, § 330, Rn. 1; *Prütting*, in: MüKo-ZPO, § 330, Rn. 1; *Stadler*, in: Musielak/Voit, Vorb. zu § 330, Rn. 3; *Meissner/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider/Bier, § 173, Rn. 249; *Kraft*, in: Eyer mann, § 197, Rn. 16. Als Ausdruck desselben, könne das Versäumnisverfahren deshalb nicht in Verfahrensordnungen, in denen der Untersuchungsgrundsatz gelte, übertragen werden; vgl. auch *Meissner/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider/Bier, § 173, Rn. 249; *Kraft*, in:



## Kapitel 1

### Gemeinsame Grundstrukturen des europäischen Versäumnisverfahrens

weder für eine spezifische Prozessmaterie noch für einen konkreten Lösungsansatz vereinnehmen. Dass die (potentielle) Abwesenheit von Verfahrensbeteiligten in jeder Verfahrensordnung ein veritables Problem darstellt, welches sowohl einer effizienten als auch kohärenten Lösung bedarf, ist offensichtlich. Die Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols ist davon abhängig, dass dem Rechtsschutzsuchenden auch dort Rechtsschutz gewährt wird, wo der Beklagte oder Angeklagte eine Mitwirkung am Verfahren verweigert.<sup>17</sup> Wie dies zu geschehen habe, lässt sich nicht einheitlich beantworten und bleibt damit seit tausenden von Jahren Gegenstand anhaltender Diskussionen und Adaptionen.<sup>18</sup> Der Begriff des Versäumnisverfahrens drückt mithin weniger aus, wie die Säumnis zu behandeln sei, sondern dass bei Säumnis einer Partei *überhaupt* etwas geschehen müsse. Hinzukommt, dass sich für die Lösung der Säumnisproblematik neben dem Begriff des Versäumnisverfahrens weitere Begriffe etablierten, welchen wiederum im Laufe der Jahrhunderte unterschiedliche Bedeutungsinhalte beigegeben wurden. Namentlich gilt dies vor allem für das Kontumazial- und das Eremodizialverfahren.

---

Eyermann, § 197, Rn. 16; *Ule*, Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen? – DJT-Gutachten (1966), S. 72. Dies entspricht zwar dem tradierten Verständnis vom Inhalt des Untersuchungsgrundsatzes, neuere Entwürfe verlangen jedoch dessen Fortentwicklung. Insbesondere *Kaufmann*, Untersuchungsgrundsatz (2002), S. 413 ff., unternimmt den Versuch einer Neujustierung des Verständnisses von der Spannweite des Gebots des § 86 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO. Zur Anwendbarkeit der Säumnisregeln, vgl. ebd. S. 430 ff. Zur Novellierung (Abschaffung) des Abwesenheitsverfahrens im Strafprozess, vgl. *Dünnebieber*, Kontumazialverfahren, in: FS Heinitz (1972), S. 669 ff.

<sup>17</sup> Kontumazialregeln bilden somit zeitgleich ein Scharnier zu grundsätzlicheren Fragestellungen über das Verhältnis des Verfahrensrechts zur materiellen Gerechtigkeit. Während aber unbestritten das materielle Recht als Instrument der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit dient und sich deshalb stets vor der Folie ethischer und moralischer Grundsatzfragen betrachten lassen muss, ist dieser ethische Konnex für das Verfahrensrecht oft bezweifelt worden. (vgl. vertieft *Stürner*, Verfahrensrecht und materielle Gerechtigkeit, in: Liber Amicorum für Wolfram Henckel (2015), S. 359 (S. 360 ff.). In den Worten *Stürners*: „In diesem Gesamtgebäude war dem materiellen Recht die Ordnung materieller Gerechtigkeit anvertraut und dem Verfahrensrecht ihr Vollzug im Sinne bloßen Auffindens und Vollstreckens. Aus dieser Vorstellung erklären sich Äußerungen, die dem Verfahrensrecht rein dienende Funktion ohne eigene Metaphysik und Gerechtigkeitwert zuordnen“ (*Stürner*, ebd., S. 363). So etwa *Stein*, Grundriß des Zivilprozeßrechts (1928), S. XIV (Vorwort zur ersten Auflage): „Der Prozeß ist für mich das „technische Recht“ in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar“ (ebenfals zitiert von *Stürner*, ebd., S. 361). Vgl. auch *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage (1925), S. 150 f., 187 f., welcher den Begriff des Prozesses nicht im „metaphysischen Sinne“, sondern im „empirischen Sinne“ verstanden haben wollte (dazu wiederum ebenfalls *Stürner*, ebd. S. 361). Die Vorstellungen von der dienenden Funktion des Prozessrechts haben unmittelbaren Eingang in diverse Kodifikationen gefunden. Beispielhaft zeigt sich dies am *Code de procédure civile* von 1806. Dazu eingehend: *Dahlmanns*, in: *Coing-Handbuch*, Bd. III/2 (1982), S. 2548 f. Aufgrund der zunehmenden Internationalisierung und Konstitutionalisierung des Verfahrensrechts wurde diese traditionelle Ansicht weitgehend aufgegeben. „Der Begriff der materiellen Gerechtigkeit des Verfahrens wird in diesem Zusammenhang nicht nur im Sinne eines Verfahrens verwandt, das Gerechtigkeit in Gestalt optimaler Verwirklichung materiellen Rechts schafft, sondern auch im Sinne eines Verfahrens, das in der Interaktion der Beteiligten die Bürger unabhängig vom an den Maßstäben materiellen Rechts gemessenen richtigen Verfahrensergebnis gerecht behandelt“ (*Stürner*, ebd., S. 366).

<sup>18</sup> Siehe dazu allein die ausführlichen historischen Darstellungen bei *Steinhauer*, Versäumnisurteile in Europa (1996); *Schima*, Die Versäumnis (1928).



## I. Kontumazial- und Eremodizialverfahren

Seinen Ursprung hat das Kontumazialverfahren im römischen Kognitionsprozess<sup>19</sup> als das Verfahren, welches infolge des Ladungsungehorsams des Beklagten eingeleitet wurde.<sup>20</sup> Es wurde seitdem jedoch über Jahrhunderte sowohl im Zivil-<sup>21</sup> und Strafprozess<sup>22</sup> sowie im Verwaltungs- oder Staatsrecht<sup>23</sup> anderer Rechtsordnungen verwendet.<sup>24</sup> Der Begriff entspringt dem lateinischen *contumacia*, lässt sich wörtlich mit „Trotz“ oder „Eigensinn“<sup>25</sup> übersetzen und wird in diesem Kontext in der Regel als „Ungehorsam“ verstanden.<sup>26</sup> Nörr bezeichnet die *contumacia* dementsprechend im weiten Sinne als „den Ungehorsam gegenüber Anordnungen eines Jurisdiktionsträgers“.<sup>27</sup> Eine Hochkonjunktur hat der Begriff des Kontumazialverfahrens in der deutschen Rechtswissenschaft des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts erfahren, wo insbesondere im Zusammenhang mit der neu eingeführten Reichszivilprozessordnung rechtsvergleichende und -historische Schriften dazu dienten, die grundsätzlichen Eigenheiten des Säumnisrechts wissenschaftlich aufzuarbeiten.<sup>28</sup> Es ist vor allem diesen wissenschaftlichen Arbeiten zuzurechnen, dass der Begriff des Kontumazialverfahrens vermehrt als Oberbegriff für das Verfahren, „das in Abwesenheit einer Partei gegen diese oder gegen

---

<sup>19</sup> Das klassische Kognitionsverfahren (*cognitio extra ordinem*) dient als Sammelbegriff für das im römischen Kaiserreich entwickelte zivilprozessuale Verfahren. Die Übergänge zu den Prozessformen des Legisaktionen- und Formularprozesses sind schwimmend, jedoch wird angenommen, dass mit Absterben des Formularprozesses im 4. Jh., praktisch bereits unter der Herrschaft Diokletians, das Kognitionsverfahren alleinbeherrschend gewesen sei, vgl. Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht (1996), S. 435 f. Vgl. auch: Schlinker, Litis Contestatio (2008), S. 38 ff.

<sup>20</sup> Schima, Die Versäumnis (1928), S. 29; Steinhauer, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 24; Steinwenter, Studien zum römischen Versäumnisverfahren (1914), S. 92 ff.; Schubert, Rechtsgeschichte des Versäumnisverfahrens, in: Festschrift E. Schneider (1997), S. 65 ff. (S. 66).

<sup>21</sup> Vgl. dazu etwa: Steinhauer, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 24; Steinwenter, Studien zum römischen Versäumnisverfahren (1914); Kaser/Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht (1996), S. 477 f.

<sup>22</sup> Gertsch, Das Kontumazialverfahren (1917); Mitteis, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Vol.: 42 (1921), S. 137 (S. 163 ff.); bis vor kurzem: Dünnebler, Kontumazialverfahren, in: FS Heinitz (1972), S. 669.

<sup>23</sup> Vgl. etwa: Laufß, Reichskammergerichtsordnung (1976), S. 49.

<sup>24</sup> Eine klare Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Recht hat es in frühzeitlichen Rechtsordnungen in der Regel noch nicht gegeben, so dass unter die *causae civiles* oft Streitgegenstände fielen, die nach modernen Rechtsverständnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen gewesen wären, vgl. Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht (2012), S. 5. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts-I (2012), S. 66, erklärt dies zum einen mit der Autorität des römischen Rechts, zum anderen mit dem Verständnis von privater und öffentlicher Sphäre.

<sup>25</sup> Vgl. <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/contumacia>, zuletzt abgerufen am 15.02.2019.

<sup>26</sup> Vgl. Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht (2012), S. 72; Steinhauer, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 24; Nörr, Kontinentaleuropäischer Zivilprozess (2015), S. 23.

<sup>27</sup> Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht (2012), S. 72; ders., Kontinentaleuropäischer Zivilprozess (2015), S. 23.

<sup>28</sup> Z.B.: Mitteis, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Vol.: 42 (1921), S. 137 (138); Steinwenter, Studien zum römischen Versäumnisverfahren (1914); Meyer, Das Strafverfahren gegen Abwesende (1869); Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen (1889); Beyerle, Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang (1915); Bülow, AcP 62 (1879), S. 1 ff.; Wetzell, System des Zivilprozesses (1878), S. 605 ff.; Sohm, Der Prozeß der Lex Salica (1867), S. 155 ff.; mwN: Schubert, Rechtsgeschichte des Versäumnisverfahrens, in: Festschrift E. Schneider (1997), S. 65, dort Fn. 1 und 2. Speziell zum Versäumnisurteil der Reichszivilprozessordnung: Troll, Das Versäumnisurteil (1887).



## Kapitel 1

### Gemeinsame Grundstrukturen des europäischen Versäumnisverfahrens

einen abwesenden Beschuldigten [Angeklagten] durchgeführt werden kann“,<sup>29</sup> herangezogen wurde.<sup>30</sup>

Ein einheitliches Begriffsverständnis konnte sich trotz der wissenschaftlichen Aufarbeitung dennoch nicht etablieren. Ganz im Gegenteil ist dessen Facettenreichtum kaum zu überblicken. Teilweise werden die Begriffe des Versäumnis- und Kontumazialverfahrens synonym verwandt,<sup>31</sup> wohingegen an anderer Stelle auch Präklusionsvorschriften den Kontumazialregeln zugeordnet werden.<sup>32</sup> Teilweise wird der Begriff der *Contumacia* grundsätzlich als veraltet verworfen, da die moderne ZPO keine Einlassungspflicht kenne, gegen welche eine Partei Ungehorsam sein könne.<sup>33</sup> An anderer Stelle wird diese Konsequenz nicht gezogen.<sup>34</sup>

Darüber hinaus wurde dem Kontumazialverfahren das im justinianischen Libellprozess entwickelte sog. Eremodizialverfahren gegenübergestellt,<sup>35</sup> ohne zeitgleich einen einheitlichen Oberbegriff für das Säumnisverfahren zu evozieren bzw. zu definieren. Das Eremodizialverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass bei unterlassener Mitwirkung des Beklagten der Tatsachenvortrag des Klägers als bestritten fingiert wird (sog. negative Litiskontestation) und der Kläger sein Vorbringen deshalb in einseitiger Verhandlung mit dem Gericht zu beweisen hat.<sup>36</sup> Dem wurde mitunter das Kontumazialverfahren gegenübergestellt, bei welchem es allein darauf ankomme, dass der Beklagte säumig und deshalb ungehorsam sei.<sup>37</sup> So behauptete *Mitteis* in Bezug auf das fränkische Versäumnisverfahren der Rechtsbücherzeit, dass das Kontumazialverfahren als reines Ungehorsamsverfahren die Säumnis des Prozessbeteiligten als für die Entscheidung allein relevante Tatsache ansehe, und deshalb daran Strafen, indirekte Zwangsmaßnahmen oder sonstige unmittelbare Rechtswirkungen knüpfe, während es im Rahmen des Eremodizialverfahrens nicht unmittelbar zu sanktionierenden Entscheidungen

---

<sup>29</sup> *Crefelds*, Rechtswörterbuch (2016), unter Kontumazialverfahren.

<sup>30</sup> *Kohler*, Prozeßrechtliche Forschungen (1889), S. 55 ff., bezeichnet das Versäumnisverfahren in der damals bereits erlassenen ZPO als ein Kontumazialverfahren. Vgl. auch *Bülow*, in: AcP 62 (1879), S. 1 ff. (S. 59 ff., insbesondere S. 74). Da dieser das Kontumazialverfahren sowohl auf Präklusions- als auch Versäumnisvorschriften anwendet, scheint er jenen also als Oberbegriff verstehen zu wollen. Ähnlich: *Wetzell*, System des Zivilprozesses (1878), S. 612.

<sup>31</sup> *Kohler*, Prozeßrechtliche Forschungen (1889), S. 55 ff.; *Miras*, Entwicklung des spanischen Zivilprozessrechts (1994), S. 12.

<sup>32</sup> *Bülow*, AcP 62 (1879), S. 1 ff. (S. 59 ff., insbesondere S. 74).

<sup>33</sup> Kritisch zum Begriff etwa: *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage (1925), S. 99; vgl. zudem bereits *Degenkolb*, Einlassungszwang (1877), S. 17; *Meyer*, ZZZ 9 (1886), S. 305 (S. 318 f.).

<sup>34</sup> Hier wiederum etwa: *Bülow*, AcP 62 (1879), S. 1 ff. (S. 59 ff., insbesondere S. 74).

<sup>35</sup> Vgl. dazu: *Steinhauer*, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 27 f.; *Steinwenter*, Studien zum römischen Versäumnisverfahren (1914), S. 5; *Meyer*, ZZZ 9 (1886), S. 305 (S. 306 f.).

<sup>36</sup> *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts (2014), S. 25 ff. und *Schubert*, Rechtsgeschichte des Versäumnisverfahrens, in: Festschrift E. Schneider (1997), S. 65 ff. (S. 66); *Schlinker*, Litis Contestatio (2008), S. 264; *Steinhauer*, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 28; *Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung-I (1925), S. 106. Zu beachten ist jedoch, dass auch dieser Begriff unterschiedlich gehandhabt wird. Eine etymologische Aufarbeitung des *Eremodicium* findet sich bei: *Steinwenter*, ebd., S. 92 ff. Zur Gegenüberstellung der Begriffe, vgl. etwa: *Steinhauer*, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 27 f.; *Steinwenter*, ebd., S. 5.

<sup>37</sup> Zu dieser Gegenüberstellung, siehe etwa *Schlinker*, Litis Contestatio (2008), S. 442.

oder Maßnahmen komme.<sup>38</sup> Vielmehr werde dort ohne Rücksicht auf das Ausbleiben der Partei eine eingehende Sachfeststellung vorgenommen, die im Ergebnis zu einem Sachurteil von gesteigertem Erkenntniswert führe.<sup>39</sup> Kontumazial- und Eremodizialverfahren beschrieben demnach unterschiedliche Lösungsansätze für dasselbe Problem: die Säumnis eines Verfahrens beteiligten.<sup>40</sup> An anderer Stelle beachtet die Literatur diese strenge Trennung der Begriffe selbst nicht immer konsequent, sondern verwendet den Begriff der *contumacia* als Oberbegriff mitunter auch in Bezug auf das *eremodicium*.<sup>41</sup> Hinzukommt, dass das dem Kognitionsprozess entspringende Kontumazialverfahren nach umstrittener Auffassung selbst eine Beweisaufnahme vorsah,<sup>42</sup> sich die klare begriffliche Differenzierung zwischen Kontumazial- und Eremodizialverfahren im historischen Kontext also nicht aufrechterhalten lässt.

Im europäischen Kontext wird die Sachlage dadurch verkompliziert, dass der lateinische Begriff *contumacia* in eine Vielzahl von Rechtsordnungen Eingang gefunden hat, dort aber unterschiedlich verwendet wird. Zwar wurde im deutschen Recht das Kontumazialverfahren durch den in den §§ 330 ff. ZPO normativ fixierten Begriff des Versäumnisverfahrens abgelöst.<sup>43</sup> Der Begriff ist mittlerweile auch in anderen Prozessordnungen kaum noch in Gebrauch.<sup>44</sup> Anders ist dies aber etwa im Strafprozessrecht der Schweiz<sup>45</sup> oder Italiens<sup>46</sup> sowie im italienischen Zivilprozessrecht.<sup>47</sup> Während die offiziellen Übersetzungen der unionsrechtlichen Verfahrensordnungen im deutschen, französischen und englischen etwa den Art. 123 EuGVfO<sup>48</sup> mit „Versäumnisverfahren“, „*Arrêts par défaut*“<sup>49</sup> oder „*judgement by default*“<sup>50</sup>

---

<sup>38</sup> *Mitteis*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Vol.: 42 (1921), S. 137 (140 f.).

<sup>39</sup> *Mitteis*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Vol.: 42 (1921), S. 137 (141).

<sup>40</sup> Auch bei *Schmidt*, Zivilprozessrecht (1910), S. 551 f., klingt diese Differenzierung an. Dieser zeichnet noch nach, wie das Kontumazialverfahren vor der Litiskontestation Anwendung fand, während in *eremodicio* verhandelt werden konnte, sobald die Litiskontestation eingetreten war. Aufgrund der Vorteile des Eremodizialverfahrens habe es frühzeitig starke Bestrebungen gegeben, dieses in sämtlichen Verfahrensabschnitten zu ermöglichen und deshalb bereits im ersten Termin die *lis pro contestata* zu fingieren.

<sup>41</sup> *Nörr*, Romanisch-kanonisches Prozessrecht (2012), S. 74 f. Vgl. sogar *Meyer*, CPC-I (1843), S. 494, der konstatiert, dass das Nichterscheinen der Parteien in der deutschen Sprache keine anerkannte Entsprechung habe, weshalb die Wissenschaft in aller Regel auf die lateinischen Begriffe der *contumacia* und des *contumax* zurückgreife.

<sup>42</sup> *Schlinker*, Litis Contestatio (2008), S. 41 und S. 43; vgl. dazu ausführlicher Fn. 86.

<sup>43</sup> *Meyer*, ZJP 9 (1868), S. 305 (S. 318 f.), lobt die begriffliche Ablösung der *Contumacia*, da man es nicht mehr nötig habe, den Beklagten zur Einlassung zu nötigen.

<sup>44</sup> Das Abwesenheitsverfahren im deutschen Strafprozessrecht wurde – unter anderem aufgrund seiner geringen praktischen Relevanz – durch Reform der StPO im Jahr 1972 endgültig abgeschafft, vgl. Art. 19 Nr. 70, 71, 72 der BTDrucks., VI 3250, S. 42. Zur Geschichte des strafprozessualen Kontumazialverfahrens in Deutschland vgl. im Detail: *Dünnebiel*, Kontumazialverfahren, in: FS Heinitz (1972), S. 669–681.

<sup>45</sup> Dazu etwa: Schweizerisches Bundesgericht, strafrechtliche Abteilung, Ur. v. 14. Juli 2009 – Az.: 6B.82/2009.

<sup>46</sup> *Maiwald*, Italienisches Strafrecht und Strafprozessrecht (2009), S. 221.

<sup>47</sup> *Bunge*, Zivilprozess in Frankreich und Italien (2008), S. 172; vgl. zum dortigen Kontumazialverfahren allgemein das ebenfalls von *Bunge* zitierte Werk: *Giannozzi*, La contumacia (1963).

<sup>48</sup> Verfahrensordnung des Gerichts vom 04.03.2015 (ABl. Nr. L 105 S. 1).

<sup>49</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/fr\\_rp\\_version\\_consolidee\\_.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/fr_rp_version_consolidee_.pdf), zuletzt abgerufen am 22.05.2018.

<sup>50</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rp\\_en.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rp_en.pdf), zuletzt abgerufen am 22.05.2018.



## Kapitel 1

### Gemeinsame Grundstrukturen des europäischen Versäumnisverfahrens

beteilten, verwendet die italienische Übersetzung sogar spezifisch den Begriff des „*Sentenze in contumacia*“.<sup>51</sup> Auch im Unionsprozessrecht wird dieser Begriff also relevant, obwohl die italienische zivilprozessuale *contumacia* ihrer Struktur nach wesentliche Unterschiede zum unionsprozessualen Versäumnisverfahren aufweist.<sup>52</sup>

Die terminologische Abgrenzung wird zusätzlich über das unklare Verhältnis des Abwesenheitsverfahrens zu sonstigen Sanktionsregeln, namentlich der Präklusion erschwert. Ähnlich wie das Versäumnisrecht greifen die Präklusionsvorschriften bei Unterlassen der rechtzeitigen Vornahme einer gewissen Prozesshandlung ein. Insbesondere auf *Bülow* geht deshalb die Behauptung zurück, auch das Versäumnisverfahren sei auf das Präklusionsprinzip zurückzuführen,<sup>53</sup> wobei zeitgleich der nunmehrige § 230 ZPO „vollkommen und ausreichend“ das Kontumazialprinzip zum Ausdruck bringe.<sup>54</sup> Beide Rechtsinstitute entspringen demselben Grundgedanken, wonach es erstens der säumigen Partei zugerechnet werden muss, wenn diese nicht in ordnungsgemäßer Weise am Verfahren teilnimmt, und zweitens die unterlassene oder ungenügende Mitwirkung nicht den Fortgang des Verfahrens verhindern darf.<sup>55</sup>

Vor diesem Hintergrund scheint es angebracht, das Kontumazialrecht als den Oberbegriff für gegen partielle und absolute Säumnis gerichtete Sanktionsregeln, d.h. für das Versäumnisverfahren und die Präklusionsvorschriften zu verwenden.<sup>56</sup> Zugegebenermaßen mag der Begriff der *contumacia* ungenau erscheinen, da er in seinen Ursprüngen eine Einlassungspflicht der Parteien voraussetzt, deren Unterlassen eine wie auch immer geartete (moralisch vorwerfbare) Pflichtverletzung suggeriert.<sup>57</sup> Soweit ersichtlich, hat sich in der deutschen Rechtswissen-

---

<sup>51</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rp\\_it.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rp_it.pdf), zuletzt abgerufen am 22.05.2018.

<sup>52</sup> Säumig („*contumacia*“) ist der Beklagte im italienischen Zivilprozess, wenn er sich nicht bei Gericht konstituiert. Diese Säumnis wird vom bloßen Nichterscheinen („*mancata comparizione, assenza*“) unterschieden, vgl. *Piekenbrock*, Der italienische Zivilprozeß (1998), S. 178; *Bunge*, Zivilprozess in Frankreich und Italien (2008), S. 172. Dazu im Detail Kap. 1.C.I.

<sup>53</sup> *Bülow*, AcP 62 (1879), S. 1 ff. (S. 59 f.).

<sup>54</sup> *Bülow*, AcP 62 (1879), S. 1 ff. (S. 74); ebenfalls zitiert von: *Otto*, Die Präklusion (1970), S. 15; Die im Wesentlichen auf *Bülow* und *Goldschmidt* zurückzuführende Theorie vom Präklusionsprinzip fußt auf der Annahme, im modernen kontradiktorischen Verfahren bestehe keine Pflicht zur Vornahme von Prozesshandlungen, sondern allenfalls das Recht, sich am Prozess zu beteiligen. Dem Widersprechend: *Wach*, GrünhutsZ VII (1880), S. 130 (S. 131). Auch *Degenkolb* meinte, das Versäumnisrecht könne niemals nur „reine Präklusoria“ sein, da sie über die reine Rechtsverwirkung hinausgehende Rechtsfolgen zeitige, vgl. *Degenkolb*, Einlassungszwang (1877), S. 23. Dieser Streit erfasst nicht nur die Frage, ob und welche Pflichten bzw. Lasten die Parteien im Prozess trifft (vgl. *Degenkolb*, ebd., S. 23), sondern auch die konkrete Bewertung der positivrechtlichen Rechtsfolgen. Eine Darstellung dieses Streites findet sich z.B. bei *Stürner*, Die Aufklärungspflicht (1976) S. 71 ff.; *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts (2014), S. 24 ff. und S. 604; spezifisch im Kontext des Säumnisrechts: *Schima*, Die Versäumnis (1928), S. 235 ff.; *Steinhauer*, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 151 ff. Dazu auch im Folgenden: Kap. 1.II.I.1.c.

<sup>55</sup> Eingehend zum Rechtsverwirkungsprinzip: *Bülow*, AcP 62 (1879), S. 1 ff. (S. 59 ff.).

<sup>56</sup> Ebenso verwendet von *Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Prozess (2007), S. 27; so wohl trotz der ihm bekannten Ausführungen *Bülow*s ebenfalls *Wach*, GrünhutsZ VII (1880), S. 130.

<sup>57</sup> Kritik zur Begriffsverwendung ist wiederum etwa zu finden bei *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage (1925), S. 99; vgl. zudem *Degenkolb*, Einlassungszwang (1877), S. 17; *Meyer*, ZZP 9 (1886), S. 305 (S. 318 f.). Dazu bereits Fn. 33. Wie zudem *Steinhauer*, Versäumnisurteile in Europa (1996), S. 151 ff.