

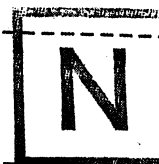
Aktenzeichen: 2 AZR 652/84

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 14. November 1985
- 2 AZR 652/84 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 22. Juli 1982
Bamberg - 3 Ca 356/82 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 6. April 1984
Nürnberg - 6 Sa 90/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Voraussetzungen für ein Urteil nach Lage der Akten

Gesetz: ZPO §§ 251 a, 294, 331 a, 337, 549

Leitsätze:

1. Als Mittel der Glaubhaftmachung nach § 294 Abs. 1 ZPO kann eine einfache anwaltliche Erklärung ausreichen, sofern sie sich auf die eigene Berufstätigkeit des Anwalts und eigene Wahrnehmungen bezieht. Eine ausdrückliche "anwaltliche Versicherung" oder eine Versicherung an Eides Statt ist dann nicht erforderlich.
0
2. Erläßt das Berufungsgericht gegen die abwesende Partei ein Urteil nach Lage der Akten, obwohl glaubhaft gemacht ist, daß sie ohne ihr Verschulden ausgeblieben ist, und verstößt es damit auch gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, so beruht das Urteil in aller Regel auch auf diesen Verfahrensrechtsverletzungen (im Anschluß an RG HRR 1933 Nr. 537).



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 652/84

6 Sa 90/82 Nürnberg

Verkündet am
14. November 1985

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.



hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. November 1985 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Binzek und Rupprecht für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 6. April 1984 - 6 Sa 90/82 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

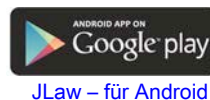
V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Beklagte, eine offene Handelsgesellschaft, betreibt eine Brauerei. Ihre gleichberechtigten persönlich haftenden Gesellschafter sind der Diplom-Braumeister Theodor W und der Sohn seines verstorbenen Bruders Ludwig W sen., Dipl.-Ingenieur Georg W . Der Kläger, ein Sohn des Gesellschafters Theodor W , ist bei der Beklagten seit 1. Oktober 1966 als Angestellter beschäftigt. Zwischen dem Gesellschafter Theodor W sowie dem Kläger und dem Gesellschafter Georg W bestehen tiefgreifende Differenzen, die in die Zeit vor dem Tod des Ge-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



sellshafters Ludwig W sen. zurückreichen und zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt haben.

Die Beklagte unterhielt u. a. Geschäftsbeziehungen zu der R in R . Diese beglich eine Forderung der Beklagten in Höhe von 8.017,35 DM Anfang August 1981 durch Überweisung auf ein Konto der Beklagten bei der Commerzbank AG in B . Der Betrag wurde dort irrtümlich einer anderen Firma gutgeschrieben. Nach mehrfachen Mahnungen der Beklagten gegenüber der R wegen der nach ihrer Ansicht noch offenen Rechnungen stellte sich Anfang 1982 der wahre Sachverhalt heraus. Der Kläger führte in dieser Angelegenheit mit dem Kreditsachbearbeiter H der Commerzbank Ende Februar 1982 ein Telefongespräch, dessen Zeitpunkt sowie Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Unter dem 1. März 1982 richtete er namens der Beklagten in dieser Angelegenheit an die Bank ein Schreiben, in dem es u.a. heißt:

...Wir haben diesem Kunden mehrere Zahlungsbefehle und Rechtsanwaltsbriefe geschickt und stellten schließlich die Bierlieferung Ende des Jahres ein. Mittlerweile hat sich der Irrtum geklärt und wir mußten, um ins Geschäft wieder einzusteigen, erhebliche Werbekostenzuschüsse leisten. Der Gesamtschaden, den wir hier erlitten und der aufgrund eines eindeutigen Fehlers Ihres Hauses entstand, liegt mit Sicherheit weit über 3.000,-- DM.

Wir bitten Sie jedoch, uns auf dem Kulanzwege umgehend DM 3.000,-- plus Mwst zu überweisen.

Tatsächlich hatte die Beklagte in dieser Angelegenheit keine Zahlungsbefehle und Anwaltsbriefe veranlaßt. Gemäß Schreiben vom



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

23. April 1982 erteilte die Bank der Beklagten eine Zinsgutschrift und beendete die Geschäftsbeziehungen.

Unter dem 18. März 1982 erklärte der Gesellschafter Theodor W im Hinblick auf einen bevorstehenden Krankenhausaufenthalt in einer schriftlichen "Anweisung", er lege "ein für alle Mal" Widerspruch gegen bestimmte Maßnahmen seines Mitgesellschafters Georg W ein, u. a. gegen außerordentliche Kündigungen seiner vier bei der Beklagten beschäftigten Söhne, die daher sofort als wiedereingestellt gälten.

Mit Schreiben vom 26. März 1982 kündigte der Gesellschafter Georg W namens der Beklagten das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos mit der Begründung, der Kläger habe im Namen der Beklagten von der Commerzbank B unter Vorspiegelung falscher Tatsachen 3.000,-- DM Schadenersatz verlangt, und die Bank habe daraufhin die Geschäftsbeziehungen zur Beklagten unverzüglich beendet. Dieses Schreiben ging dem Kläger am 27. März 1982 zu. Der Betriebsrat hatte am 24. März 1982 der Beklagten mitgeteilt, daß er gegen die beabsichtigte Kündigung keinen Widerspruch erhebe.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger beantragt festzustellen, daß die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte vom 26. März 1982 rechtsunwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, die "Anweisung" des Gesellschafters Theodor W



vom 18. März 1982 sei ohne rechtliche Wirkung. Das betrügerische Verhalten des Klägers gegenüber der Commerzbank rechtfertige bereits die fristlose Kündigung. Es sei das vorläufig letzte Glied einer langen Kette ähnlicher Vorfälle.

Der Kläger hat erwidert, die Angelegenheit mit der Commerzbank werde von dem Gesellschafter Georg W nur als Vorwand benutzt, um ihn aus dem Unternehmen zu drängen. Er habe sein Vorgehen mit seinem Vater abgestimmt. Durch die von der Commerzbank schließlich geleistete Zinserstattung sei der der Beklagten durch die Fehlbuchung entstandene Schaden nicht ausgeglichen. Hinzu komme noch eine erhebliche Schädigung ihres geschäftlichen Ansehens.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren ist der Gesellschafter Theodor W dem Rechtsstreit als Nebenintervenient auf Seiten des Klägers beigetreten. Das Landesarbeitsgericht hat durch Zwischenurteil vom 24. Juni 1983 die Nebenintervention für zulässig erklärt.

Der Kläger hat weiter vorgetragen, er habe der Commerzbank nicht vorsätzlich einen der Beklagten durch Gerichts- und Anwaltskosten bereits entstandenen Schaden vorgespiegelt. Er habe die Anweisung, gegen die Bank massiv vorzugehen, sowie die entsprechende Information von seinem Vater am 26. Februar 1982, einen Tag nach dessen 70. Geburtstag, erhalten, als noch Gäste im Hause gewesen seien und ein gewisser Trubel geherrscht habe.



Sein Vater habe hierbei auch von Rechtsanwaltsbriefen und Zahlungsbefehlen gesprochen. Er habe vorher diese Vorgänge nicht bearbeitet und irrtümlich angenommen, diese Maßnahmen seien schon durchgeführt worden. So sei es zu den Formulierungen in dem Schreiben vom 1. März 1982 gekommen.

Sein Vater habe am 25. März 1982 erklärt, falls der Mitgesellschafter Georg W in der Angelegenheit Commerzbank etwas plane, halte er deshalb eine Kündigung nicht für gerechtfertigt. Dieses Verhalten, sowie die Anweisung vom 18. März 1982 sei unter dem Gesichtspunkt des Verzichts und der Verzeihung zu werten.

Die Beklagte hat zur Angelegenheit Commerzbank erwidert, der Kläger habe entgegen seiner neuerlichen Behauptung den Vorgang bereits vor dem 26. Februar 1982 bearbeitet und sich auch nicht in einem Irrtum über angeblich von seinem Vater bereits veranlaßte Maßnahmen befunden. Der Kreditsachbearbeiter H habe in dem inzwischen gegen den Kläger einhängigen Strafverfahren vor dem Amtsgericht B als Zeuge ausgesagt, daß der Kläger bereits am 25. Februar 1982 in einem Telefongespräch den tatsächlich nicht eingetretenen Schaden von 3.000,-- DM geltend gemacht habe. Der Gesellschafter Theodor W habe erstmals am 18. März 1981 von der Angelegenheit Commerzbank erfahren.

Im ersten Berufungstermin vom 10. Juni 1983 haben der Kläger und der Gesellschafter Theodor W als Nebenintervenient den Klageantrag weiterverfolgt. Die Beklagte hat beantragt, die



Berufung zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat zunächst die Vernehmung eines vom Kläger für seine Darstellung der Vorgänge am 26. Februar 1982 im Hause seines Vaters benannten Zeugen im Wege der Rechtshilfe beschlossen. Dieser Beweisbeschluß ist nicht ausgeführt worden. Mit Verfügung vom 24. Januar 1984 hat der Kammervorsitzende Verhandlungstermin auf den 9. März 1984 anberaumt und hierzu die Ladung des Kreditsachbearbeiters H als Zeugen angeordnet.

In diesem Termin sind nur der Kläger und der Gesellschafter Theodor W als Nebenintervenient mit ihren Anwälten erschienen. Sie haben ihre Anträge wiederholt und beantragt, nach Aktenlage zu entscheiden. Sodann hat das Landesarbeitsgericht beschlossen, den Zeugen H zu vernehmen und Termin nach Beweisaufnahme zur Verkündung einer Entscheidung auf den 6. April 1984 anberaumt.

Mit einem von Rechtsanwalt K unterschriebenen Schriftsatz vom 26. März 1984 hat die Beklagte beantragt, einen neuen Verhandlungstermin zu bestimmen. Sie hat vorgetragen, Rechtsanwalt K als der ausschließliche Sachbearbeiter sei wegen fieberiger Erkrankung, die vermutlich auf die Extraktion eines Weisheitszahns am Vortage zurückzuführen gewesen sei, an der Wahrnehmung des Termins vom 9. März 1984 verhindert, sein Sozios Rechtsanwalt M urlaubsbedingt abwesend gewesen. Rechtsanwalt K hätte dem Zeugen H aus eigenem Wissen entscheidende Vorhaltungen machen können. Nur er habe daher



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



das ihr zustehende Fragerecht sinnvoll ausüben können.

In einer nachgereichten Erklärung vom 26. März 1984 hat Rechtsanwalt K die Richtigkeit der Angaben über den Grund seines Ausbleibens im zweiten Berufungstermin sowie über die Vorhaltungen, die er dem Zeugen H gemacht hätte, eidesstattlich versichert.

Durch das am 6. April 1984 verkündete und nach Lage der Akten ergangene Urteil hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts. Kläger und Nebenintervenient beantragen, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I.1. Das Berufungsgericht hat angenommen, es habe nach Aktenlage durch Urteil entscheiden können. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Die Voraussetzungen einer solchen Entscheidung bei Säumnis einer Partei nach §§ 331 a, 251 a ZPO seien gegeben. Die Kammer habe nicht dafür gehalten, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten ohne sein Verschulden am Erscheinen verhindert gewesen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



sei. Er habe zwar telefonisch am Sitzungstag mitgeteilt, er sei krankheitshalber am Erscheinen verhindert. Dies allein habe der Kammer freilich nicht für die Feststellung ausgereicht, er sei ohne sein Verschulden im Sinne des § 337 ZPO am Erscheinen verhindert. Von den in § 251 a ZPO weiter geforderten Voraussetzungen könne allenfalls zweifelhaft sein, ob die Beklagte nachträglich ausreichend glaubhaft gemacht habe, daß sie ohne ihr Verschulden ausgeblieben sei und die Terminsverlegung nicht rechtzeitig habe beantragen können.

Aus dem eigenen Vortrag des Rechtsanwalts K im Schriftsatz vom 26. März 1984, nur er habe das Fragerecht nach § 397 Abs. 1 ZPO "sinnvoll" ausüben können, er sei krankheitsbedingt an der Terminswahrnehmung gehindert und Rechtsanwalt M urlaubsbedingt abwesend gewesen, ergebe sich, daß grundsätzlich eine Vertretung durch seinen Sozius möglich gewesen wäre und somit die Anwesenheit des Sachbearbeiters gerade nicht erforderlich gewesen sei. Rechtsanwalt K hätte deshalb auch die urlaubsbedingte Abwesenheit seines Sozius glaubhaft machen müssen. Hieran fehle es aber, weil er dies nicht an Eides Statt versichert habe.

In dem Erlaß eines Urteils liege auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil sich aus der eigenen Darstellung von Rechtsanwalt K ergebe, daß die Vertretung der Beklagten durch den Sachbearbeiter nicht unbedingt geboten gewesen sei. Im übrigen habe das Gericht seiner Entscheidung lediglich den Sachvortrag der Parteien vor dem 9. März 1984 zugrunde gelegt. Auf



die Vernehmung des Zeugen H sei es letztlich nicht angekommen, so daß die Rechte der Beklagten nicht beeinträchtigt sein könnten.

2. In der Sache selbst hat das Berufungsgericht seine Ansicht, die fristlose Kündigung der Beklagten sei unwirksam, tragend darauf gestützt, daß der Gesellschafter Theodor W (künftig: Nebenintervenient) dem Kläger noch vor Ausspruch dieser Kündigung dessen Fehlverhalten in der Angelegenheit Commerzbank verzeihen habe. Die Verzeihung hat es in Äußerungen des Nebenintervenienten in der Unterredung mit seinen Söhnen am 18. März 1982 gesehen, die die Beklagte in der Berufungsinstanz vorgetragen hat.

Dieser Würdigung kann nicht gefolgt werden.

II. Das angefochtene Urteil ist bereits deshalb aufzuheben, weil es nicht nach Aktenlage hätte ergehen dürfen und auch auf diesem Verfahrensmangel beruht.

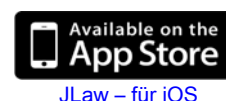
1. Nach § 331 a ZPO ist bei Ausbleiben einer Partei im Termin zur mündlichen Verhandlung auf Antrag nach Lage der Akten zu entscheiden, wenn der Sachverhalt hierfür hinreichend geklärt ist. Ein Urteil darf nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 251 a Abs. 2 ZPO nur ergehen, wenn in einem früheren Termin mündlich verhandelt worden ist. Es darf frühestens in zwei Wochen verkündet werden. Das Gericht hat der nicht erschienenen Partei den Verkündungstermin formlos mitzuteilen. Es bestimmt neuen Termin zur mündlichen Verhandlung, wenn die Partei



dies spätestens am siebten Tag vor dem Verkündungstermin beantragt und glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden ausgeblieben ist und die Verlegung des Termins nicht rechtzeitig beantragen konnte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die formellen Voraussetzungen für den Erlaß eines Urteils nach Aktenlage erfüllt sind, weil die Revision insoweit keine Verfahrensrüge erhoben hat. Das Berufungsgericht hat jedenfalls - wie die Revision zutreffend rügt - zu Unrecht angenommen, die Beklagte habe nicht ausreichend glaubhaft gemacht, daß sie ohne ihr Verschulden ausgeblieben ist (§ 251 Abs. 2 Satz 4 ZPO).

2. Wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich nach § 294 Abs. 1 BGB aller Beweismittel bedienen und auch zur Versicherung an Eides Statt zugelassen werden. Danach ist die eidesstattliche Versicherung einer Behauptung keine unabdingbare Voraussetzung für die Glaubhaftmachung. Eine einfache anwaltliche Erklärung kann als Mittel der Glaubhaftmachung genügen, wenn sie sich auf die eigene Berufstätigkeit des Anwalts und eigene Wahrnehmungen bezieht. Auch die ausdrückliche "anwaltliche Versicherung" der vorgebrachten Tatsachen ist nicht erforderlich. Es kann die Schilderung in einem Schriftsatz ausreichen, da in ihr regelmäßig auch zugleich die pflichtgemäße Versicherung liegt, daß die betreffende Tatsache so geschehen oder wahrgenommen worden sei. Dies entspricht der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. RG JW 1926, 1561; RAG DR 1940, 214; OLG Köln, NJW 1964, 1038; LAG Baden-Württem-



berg, MdR 1978, 788; Stein/Jonas/ Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 294 Rz 17; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 294 Rz A II a; Zöllner/Stephan, ZPO, 14. Aufl., § 294 Rz 5).

Im vorliegenden Fall hatte Rechtsanwalt K in dem von ihm selbst unterschriebenen Schriftsatz vom 26. März 1984 behauptet, daß sein Sozius urlaubsbedingt abwesend sei. Dieser Vortrag betrifft eigene Berufstätigkeit und hat auch eine eigene Wahrnehmung zum Gegenstand. Das Berufungsgericht durfte deshalb dieses schriftsätzliche Vorbringen nicht allein deshalb als ungeeignetes Mittel der Glaubhaftmachung ansehen, weil sich hierauf die eidesstattliche Versicherung des Anwalts nicht erstreckte.

3. Von diesem Rechtsfehler ist auch die Würdigung des Berufungsgerichts beeinflusst, die Beklagte habe nicht glaubhaft gemacht, daß sie ohne ihr Verschulden dem Verhandlungstermin ferngeblieben sei.

Das Berufungsgericht zieht die von Rechtsanwalt K an Eides Statt versicherten Behauptungen nicht in Zweifel. Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Anwalts sind nach dem Akteninhalt nicht ersichtlich und werden auch vom Kläger sowie dem Nebenintervenienten nicht vorgebracht. Danach ist glaubhaft gemacht, daß der damalige sachbearbeitende Anwalt wegen einer am Terminstag aufgetretenen fiebrigen Erkrankung, die nach seiner Vermutung auf die am Vortrag vorgenommene Extraktion eines Weisheitszahns zurückzuführen ist, den Termin selbst nicht wahrnehmen konnte. Damit ist aber auch genügend glaubhaft gemacht, daß seine



Abwesenheit unverschuldet war. Der Nebenintervenient wendet ohne Erfolg ein, es sei nicht ohne weiteres schuldlos, sich am Tage vor einem wichtigen Termin einen Weisheitszahn ziehen zu lassen, weil hierdurch erfahrungsgemäß Komplikationen eintreten könnten. Er stellt zu strenge Anforderungen an die Sorgfalt, die ein Anwalt in der Erfüllung seiner Berufspflichten walten lassen muß. Fehlendes Verschulden im Sinne des § 251 a Abs. 2 ZPO war schon nach früherem Recht nicht dem unabwendbaren Zufall im Sinne des § 233 ZPO a. F. gleichzusetzen (vgl. RG HRR 1933 Nr. 537). Ob die Extraktion eines Weisheitszahnes zu einer Arbeitsunfähigkeit führt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Für die Glaubhaftmachung einer unverschuldeten Terminsverhinderung ist es deshalb nicht erforderlich, auch noch im einzelnen darzulegen, daß nach eigener oder medizinischer Einschätzung mit Komplikationen nicht zu rechnen gewesen sei.

Hätte das Berufungsgericht somit die - nach seiner Ansicht erhebliche - urlaubsbedingte Abwesenheit von Rechtsanwalt M für glaubhaft gemacht angesehen, so wäre es zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beklagte im Termin ohne ihr Verschulden ausgeblieben sei.

4. Ein Urteil nach Lage der Akten hätte aber auch dann nicht ergehen dürfen, wenn der Sozius von Rechtsanwalt K nicht an der Terminswahrnehmung gehindert gewesen wäre. Denn auch der Ansicht des Berufungsgerichts, eine Vertretung durch Rechtsanwalt K wäre nicht geboten gewesen, kann nicht gefolgt werden.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



a) Nach § 337 ZPO verurteilt das Gericht die Verhandlung über den Antrag auf eine Entscheidung nach Aktenlage von Amts wegen unter anderem dann, wenn es dafür hält, daß die Partei ohne ihr Verschulden am Erscheinen verhindert ist. Ob im vorliegenden Fall das Berufungsgericht im Termin vom 9. März 1984 aufgrund der telefonischen Angaben von Rechtsanwalt K im Sinne dieser Vorschrift "dafür halten" durfte, daß er und damit auch die Beklagte ohne ihr Verschulden ausgeblieben seien, kann dahinstehen. Auch wenn seine Annahme nach der damaligen Sachlage rechtlich nicht zu beanstanden war, durfte kein Urteil nach Aktenlage ergehen, wenn die Beklagte innerhalb der Frist des § 251 a Abs. 2 Satz 4 ZPO glaubhaft gemacht hat, daß ihr Ausbleiben unverschuldet war. Denn der Sinn dieser Vorschrift besteht darin, die schuldlos ausgebliebene Partei vor den Nachteilen zu bewahren, die eine die Instanz beendende Entscheidung mit sich bringt. Das Gesetz enthält insoweit eine Art Wiedereinsetzung wegen Terminversäumung (vgl. RG HRR 1933 Nr. 537; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 43. Aufl., § 251 a Anm. 3 Fb). Ein Urteil nach Aktenlage hat somit zu unterbleiben, wenn jedenfalls nachträglich und rechtzeitig das fehlende Verschulden an der Terminswahrnehmung glaubhaft gemacht wird.

b) Erkrankt der sachbearbeitende Anwalt einer prozeßbevollmächtigten Anwaltssozietät vor der mündlichen Verhandlung so kurzfristig, daß sich ein anderer Sozius nicht mehr einarbeiten kann und deshalb zu einer sachkundigen Terminvertretung nicht in der Lage ist, so sind die Anwälte und auch die von ihr vertretene Partei im Sinne des § 227 Abs. 1 ZPO ohne ihr Verschulden am



Erscheinen verhindert. Wird ein aus diesem Grund gestellter Antrag auf Verlegung des Termins abgelehnt, so liegt darin eine Versagung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG (BVerwG NJW 1984, 882; BSG NJW 1984, 888; vgl. auch BGHZ 27, 163, 167 f.). Gleiches gilt im Anwendungsbereich des § 251 a Abs. 2 ZPO, wenn ein solcher Sachverhalt nachträglich fristgerecht glaubhaft gemacht wird und das Gericht dennoch ein Urteil nach Lage der Akten erläßt.

c) Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze auch gesehen, sie jedoch auf den vorliegenden Fall nicht richtig angewandt.

Der sachbearbeitende Anwalt ist nach dem glaubhaft gemachten Sachverhalt erst am Terminstag arbeitsunfähig erkrankt und hat nach der Darstellung in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils dies auch telefonisch mitgeteilt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann jedoch dem eigenen Vortrag von Rechtsanwalt K nicht entnommen werden, daß eine Vertretung durch den Sachbearbeiter nicht unbedingt geboten gewesen sei. Die Würdigung des Berufungsgerichts bleibt im Formalen verhaftet. Sie beachtet nicht den Gesamtzusammenhang des schriftsätzlichen und insoweit auch an Eides Statt versicherten Vorbringens in dem Schriftsatz vom 26. März 1984.

Rechtsanwalt K rügt in diesem Schriftsatz zunächst, der Zeuge hätte bereits wegen Fehlens eines Beweisbeschlusses (§ 358 ZPO) nicht nach § 367 Abs. 1 ZPO in Abwesenheit der Beklagten vernommen werden dürfen. Sodann beantragt er gemäß



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



§ 367 Abs. 2 ZPO die ergänzende Vernehmung des Zeugen, die u. a. dann anzuordnen ist, wenn ein unverschuldetes Ausbleiben der Partei im Vernehmungstermin und weiter glaubhaft gemacht wird, daß durch ihr Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt sei. Hierzu führt er zunächst aus, daß beide Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ohne Verschulden zum Termin nicht hätten erscheinen und der Gesellschafter Georg W das Fragerecht nicht habe ausüben können, weil er bei der Vernehmung des Zeugen H im Strafverfahren nicht anwesend gewesen sei. Da aber er (Rechtsanwalt K) der Zeugenvernehmung beigewohnt habe, habe das Fragerecht "sinnvoll" nur durch ihn ausgeübt werden können. Danach folgen die Angaben über seine Erkrankung und die Urlaubsabwesenheit seines Kollegen. Anschließend wird dargelegt, welche Vorhaltungen dem Zeugen gemacht worden wären. Zusammenfassend wird gefolgert:

"Damit steht fest, daß durch die Verhinderung des Unterfertigten eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt wurde, der Zeuge H hätte sich mit Sicherheit aufgrund der Vorhaltungen des Unterfertigten an den Sachverhalt erinnert.

Zur Glaubhaftmachung der unverschuldeten Abwesenheit des Unterfertigten und der wesentlichen Unvollständigkeit der Beweisaufnahme übergeben wir in der Anlage Eidesstattliche Versicherung des Unterfertigten".

aa) Aus dem Gesamtzusammenhang dieser Ausführungen wird deut-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



lich, daß Rechtsanwalt K seine Verhinderung am Erscheinen zum Termin als entscheidende Ursache für die Unvollständigkeit der Beweisaufnahme und ihre deshalb erforderliche Ergänzung ansah. Der für seine Ansicht angeführte Grund, das Fragerecht hätte "sinnvoll" nur durch ihn und nicht durch den Gesellschafter Georg W ausgeübt werden können, traf erkennbar auch für Rechtsanwalt M zu. Deshalb kann aus dem Hinweis auf dessen urlaubsbedingte Verhinderung nicht gefolgert werden, Rechtsanwalt K habe damit selbst die Bedeutung einer persönlichen Terminswahrnehmung abschwächen wollen.

bb) Bereits aus den vorstehend dargelegten Gründen stellt die Durchführung des Termins vom 9. März 1984 durch das Berufungsgericht eine Versagung des rechtlichen Gehörs der Beklagten dar, selbst wenn ihre Vertretung durch Rechtsanwalt M möglich gewesen wäre. Das Berufungsgericht hatte im ersten Termin die Vernehmung eines Zeugen über die Vorgänge im Hause des Nebenintervenienten angeordnet, hiervon aber zunächst abgesehen und die Ladung des Zeugen H verfügt. Die Beklagte mußte somit davon ausgehen, daß das Gericht jedenfalls die Vernehmung dieses Zeugen für entscheidungserheblich ansah. Sie durfte weiter annehmen, daß der Zeuge über Tag und Inhalt der telefonischen Unterredung mit dem Kläger gehört werden sollte, in der dieser bereits vor dem Schreiben vom 1. März 1982 Schadenersatz von der Bank gefordert hatte. Aus der Sicht der Beklagten stellte das Berufungsgericht somit nach dem bisherigen Sach- und Streitstand auf die den Kündigungsgrund bildenden Vorgänge in der Angelegenheit Commerzbank und in diesem Rahmen zunächst darauf ab, ob der



Kläger bereits am 25. Februar 1982 dem Zeugen H mit Schadenersatz gedroht und geäußert hatte, daß Zahlungsbefehle und Anwaltsbriefe bereits veranlaßt gewesen seien. Sollte dieser Beweis geführt werden, so wäre die Einlassung des Klägers widerlegt gewesen, er sei erst am 26. Februar 1982 von seinem Vater informiert sowie zum Vorgehen gegen die Bank veranlaßt worden und habe im Trubel der Nachwirkungen des Geburtstags die Information falsch verstanden. Rechtsanwalt K durfte deshalb annehmen, daß gerade seine Anwesenheit im Termin prozeßentscheidend sein konnte.

d) War somit die Vertretung der Beklagten durch Rechtsanwalt K geboten, so erweist sich auch der weitere Einwand des Klägers als unbegründet, nach dem Briefkopf des Schriftsatzes vom 16. März 1984 habe die Sozietät der Prozeßbevollmächtigten der Beklagten aus drei Anwälten bestanden, so daß selbst bei Verhinderung von Rechtsanwalt M der Termin noch von einem Sozizus hätte wahrgenommen werden können.

5. Das angefochtene Urteil beruht auch auf diesen Verfahrensfehlern.

a) Wird Verfahrensrecht verletzt, so beruht nach der allgemeinen Vorschrift des § 549 ZPO die angefochtene Entscheidung hierauf, wenn die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, daß sie ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre. Dies gilt auch für die Verletzung der Vorschriften über die Aktenlageentscheidung nach § 251 a Abs. 2 ZPO und die Versagung des recht-



lichen Gehörs (RG HRR 1933 Nr. 537; Baumbach/Lauterbach/
Albers/Hartmann, aaO, § 251 a Anm. 3 Fa; für die Verletzung des
rechtlichen Gehörs: BGHZ 27, 163, 169).

b) Auch soweit die Verletzung von Verfahrensvorschriften gerügt
wird, muß die Revisionsbegründung grundsätzlich erkennen lassen,
daß die Möglichkeit einer anderen Entscheidung gegeben sei. Wird
aber eine verfahrensrechtliche Gesetzesverletzung geltend ge-
macht, bei der schon aus der Art des Verfahrensverstößes folgt,
daß sie das Urteil beeinflußt haben kann, so enthält bereits die
Rüge auch den Vortrag, daß das angefochtene Urteil möglicherweise
auf der Verletzung beruht. Es ist dann nicht erforderlich, aus-
drücklich die Tatsachen anzuführen, aus denen sich ein möglicher
Zusammenhang zwischen Verfahrensverstoß und Entscheidung ergibt
(BAG 14, 1, 5 = AP Nr. 3 zu § 161 ZPO).

Das Reichsgericht hat dies in dem mehrfach zitierten Urteil
für den Fall angenommen, daß das Berufungsgericht entgegen der
Vorschrift des § 251 a Abs. 2 Satz 2 ZPO das Urteil sogleich im
Verhandlungstermin verkündet hat. Es hat zunächst dargelegt, daß
das Berufungsgericht bei Beachtung der Verkündungsvorschrift
nicht zum Erlaß eines Aktenlageurteils gekommen wäre. Seine An-
sicht, das Urteil beruhe auch auf dieser Verfahrensverletzung,
hat es damit begründet, das Berufungsgericht habe gegen eine Be-
stimmung verstoßen, die die Gewährung des rechtlichen Gehörs si-
cherstellen sollte. Bei der Verletzung einer so grundlegenden
Vorschrift des Prozeßrechts sei die Möglichkeit, daß bei gesetz-
mäßigem Verfahren, d. h. nach Vertagung der Sache und ihrer



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Verhandlung in einem neuen Termin, eine andere Entscheidung ergangen wäre, in aller Regel nicht mit Sicherheit ausgeschlossen. Auch der Bundesgerichtshof hat in dem der Entscheidung BHZ 27, 163 zugrundeliegenden Fall angenommen, der Anwalt habe nur eine unangemessen kurze Einarbeitungszeit gehabt. Bei einer derart krassen Verletzung des rechtlichen Gehörs müsse daher grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß er nach sachgerechter Vorbereitung ganz anders hätte plädieren und die in der Revisionsbegründung herangezogenen Umstände wirksam hätte vortragen können.

c) Die Anwendung dieser Grundsätze führt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß das angefochtene Urteil auf den dargelegten Verfahrensverletzungen beruht. Dem Berufungsgericht ist mit seiner Ansicht, die Beklagte habe die unverschuldete Verhinderung auch des zweiten Prozeßbevollmächtigten nicht glaubhaft gemacht, ein nach Lage der Umstände nicht vertretbarer Verfahrensverstoß unterlaufen. Nicht haltbar ist aber auch die weitere Begründung, die Wahrnehmung des Termins durch den sachbearbeitenden Anwalt wäre nicht erforderlich gewesen. Es kommt hinzu, daß für die Beklagte auch die tragende sachliche Begründung des angefochtenen Urteils, der Kündigungsgrund sei verziehen, eine Überraschungsentscheidung darstellt. Denn die bisherige Gestaltung des Verfahrens durch das Berufungsgericht deutete, wie ausgeführt, darauf hin, daß es entscheidend auf den Kündigungsgrund abstelle. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, daß das Berufungsgericht nach Vertagung der Sache in einer neuen Verhandlung nicht mehr zu einer inhaltsgleichen Entscheidung gelangt wäre.



6. Das angefochtene Urteil ist deshalb bereits wegen der dargestellten Verfahrensverletzungen aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Hillebrecht Triebfürst Dr. Weller

Binzek Rupprecht



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)