

# BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 75/13  
7 Sa 603/12  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
8. Mai 2014

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Mai 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Krichel und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 19. Dezember 2012 - 7 Sa 603/12 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung. 1

Der 1969 geborene, ledige Kläger war seit 1985 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Er wurde zuletzt als Kundendiensttechniker im Außendienst eingesetzt. Zu dienstlichen Zwecken stand ihm ein Dienstfahrzeug zur Verfügung. Vor Urlaubsantritt oder bei Arbeitsunfähigkeit hatte er den Fahrzeugschlüssel und das Fahrtenbuch im Betrieb abzugeben. Weil er dieser Weisung anlässlich einer Arbeitsunfähigkeit und eines Urlaubs in der Zeit vom 19. November 2002 bis zum 25. Februar 2003 nicht nachgekommen war, mahnte die Rechtsvorgängerin der Beklagten ihn ab und kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien im Februar 2003 außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage hatte Erfolg. 2

Vor Antritt eines Urlaubs im Oktober 2008 hatte der Kläger den Schlüssel des Dienstfahrzeugs und das Fahrtenbuch erneut nicht im Betrieb hinterlegt. Mit Schreiben vom 29. Januar 2009 ermahnte ihn die Beklagte nochmals, die Anweisungen einzuhalten. Gleichzeitig kündigte sie an, weitere arbeitsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen, wenn bis zum 15. Februar 2009 keine Besserung erkennbar sei und er die Anweisungen weiterhin missachte. Am selben Abend nahm er die Kfz-Utensilien nach einer Spätschicht erneut mit nach Hause. 3

Ab dem 9. Februar 2009 war der Kläger krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Ausweislich einer Aufstellung der Krankenkasse war er im Zeitraum vom 9. Februar 2009 bis zum 7. März 2009 aufgrund einer Gastritis sowie vom 9. bis 17. März 2009 an einer „sonstigen depressiven Episode“ erkrankt. Ab dem 17. März 2009 behandelte ihn ein Facharzt für Psychiatrie, der ihm ebenfalls eine „sonstige depressive Episode“ bescheinigte. In einem Attest seiner Hausärztin vom 1. Oktober 2010 heißt es, bei dem Kläger beständen seit Jahren „massive Beschwerden vom Magen sowie von der Psyche her“. Insbesondere in der Zeit vom 9. Februar 2009 bis zum 7. März 2009 habe er unter Magenschmerzen, Tendenz zu sozialem Rückzug, Antriebsstörungen und Vermeidungshaltungen gelitten. Während seiner Erkrankung gab der Kläger erneut weder die Fahrzeugutensilien heraus noch teilte er der Beklagten mit, wo sie sich befänden und wie eine Herausgabe sichergestellt werden könne.

Mit Schreiben vom 16. und 18. Februar 2009 mahnte die Beklagte den Kläger ab. Mit Schreiben vom 2. März 2009 hörte sie den Betriebsrat zu ihrer Absicht an, das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zu kündigen. Der Betriebsrat widersprach dem. Mit Schreiben vom 9. März 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Oktober 2009.

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt. Er hat behauptet, in der Zeit vom 9. Februar bis 7. März 2009 habe er sich in einer akuten depressiven Episode befunden, die durch völlige Antriebsschwäche gekennzeichnet gewesen sei. Aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung sei er nicht in der Lage gewesen, wie von ihm verlangt zu handeln. Zudem lägen keine schwerwiegenden Pflichtverstöße vor. Wahrer Hintergrund der Kündigung sei seine schwere Erkrankung, die zu häufigen Fehlzeiten führe.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 9. März 2009 nicht mit Ablauf des 31. Oktober 2009 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, der Kläger habe bewusst und beharrlich gegen ihm erteilte Weisungen verstoßen. Er sei offensichtlich nicht bereit, berechtigten Forderungen nachzukommen. Eine Beschäftigung im Innendienst sei nicht möglich, weil er unter Vorlage eines betriebsärztlichen Attests die Beschäftigung im Außendienst verlangt habe. Zudem sei ein geeigneter freier Arbeitsplatz im Innendienst nicht vorhanden. Für eine Erkrankung, die ein schuldhaftes Verhalten des Klägers ausschließe, lägen keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. 8

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Auf die Revision des Klägers hat der Senat die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts mit Urteil vom 3. November 2011 (- 2 AZR 748/10 -) aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Die Pflichtverletzung des Klägers könne eine ordentliche Kündigung nicht rechtfertigen, wenn dieser aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen sei, sein Verhalten bewusst zu steuern. Dem entsprechenden Vortrag des Klägers sei das Landesarbeitsgericht nicht nachgegangen. 9

Die Beklagte hat sich daraufhin zum Beweis für eine Steuerungsfähigkeit des Klägers auf das Zeugnis der ihn behandelnden Ärzte berufen. Mit Schriftsatz vom 21. Juni 2012 hat der Kläger drei auf den 12. Juni 2012 datierte, gleichlautende Erklärungen des Inhalts zur Gerichtsakte gereicht, dass er die betreffenden Ärzte „von der ärztlichen Schweigepflicht [entbinde und sich] damit einverstanden [erkläre], dass alle erforderlichen Auskünfte erteilt werden, die im Zusammenhang mit [seiner] Erkrankung stehen und dass von allen Berichten, Auskünften und Gutachten [seinem Prozessbevollmächtigten] Abschriften zur Verfügung gestellt werden“. 10

Mit Beschluss vom 20. August 2012 bestimmte das Landesarbeitsgericht Termin zur mündlichen Verhandlung und Durchführung einer Beweisaufnahme. Mit Schriftsatz vom 26. September 2012 bat der Prozessbevollmächtigte des Klägers „ausdrücklich“ darum, ärztliche Atteste und Krankenunterlagen 11

der behandelnden Ärzte, die bei Gericht eingereicht würden, nicht an die Beklagte und deren anwaltliche Vertretung zu versenden.

Am 4. Oktober 2012 teilte das Landesarbeitsgericht mit, eine Schweigepflichtentbindung, die den Prozessgegner ausspare, sei „nicht möglich“. Es setzte dem Kläger eine Frist bis zum 19. Oktober 2012, um die ihn behandelnden Ärzte auch gegenüber der Beklagten von der Schweigepflicht zu entbinden. Mit Schriftsatz vom selben Tag erklärte der Prozessbevollmächtigte des Klägers, die Beklagte habe keinen Anspruch auf Kenntnis der höchstpersönlichen Krankheitsmerkmale. Möglicherweise komme „eine Vorgehensweise derart in Betracht, dass für die Zeit der Beweisaufnahme nur der anwaltliche Prozessvertreter der Beklagten, ... [nicht dagegen] der Vertreter der Arbeitgeberin“ anwesend sei.

12

Mit Beschluss vom 25. Oktober 2012 wies das Landesarbeitsgericht den Kläger unter nochmaliger Fristsetzung darauf hin, dass eine Beweisaufnahme unter Ausschluss der beklagten Partei prozessual unzulässig sei. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers teilte daraufhin mit, eine Rücksprache mit diesem sei bislang nicht möglich gewesen. „Ohne Verzicht auf die höchstpersönlichen Grundrechte des Klägers“ erkläre er aber, dass „die bereits vom Kläger abgegebene Erklärung über die Entbindung von der Schweigepflicht uneingeschränkt gelten“ solle.

13

Mit Beschluss vom 13. November 2012 wies das Landesarbeitsgericht darauf hin, dass die Entbindung eines Arztes von der Schweigepflicht eine höchstpersönliche Entscheidung der Partei sei. Sie sei von der erteilten Prozessvollmacht nicht gedeckt. Der Kläger erhalte bis zum 16. November 2012 erneut Gelegenheit, eine uneingeschränkte Erklärung über die Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zur Akte zu reichen.

14

Mit Schriftsatz vom 15. November 2012 bat der Prozessbevollmächtigte des Klägers darum, die als Zeugen geladenen Ärzte nicht abzuladen, und kündigte an, der Kläger werde im Termin zur mündlichen Verhandlung eine Erklärung über ihre Entbindung von der Schweigepflicht zu Protokoll geben. Dafür mache er sich persönlich „stark“.

15

Bei der mündlichen Verhandlung am 21. November 2012 war der Kläger nicht anwesend. Mit E-Mail vom selben Tag hatte er mitgeteilt, er sei arbeitsunfähig erkrankt. Sein Prozessbevollmächtigter wiederum erschien aufgrund einer Verkehrsstörung verspätet zum Termin. Er hatte vorab telefonisch um Vernehmung der Zeugen gebeten. Der Kläger wünsche dies ausdrücklich. Im Besitz einer schriftlichen Erklärung des Klägers, mit der dieser die Zeugen von ihrer Schweigepflicht entbinde, sei er nicht. Davon setzte die Kammervorsitzende die Zeugen und die Beklagte in Kenntnis. Die Zeugen erklärten, sie sagten nur bei Vorliegen einer schriftlichen Entbindungserklärung aus. Das Gericht entließ die Zeugen daraufhin noch vor dem Eintreffen des Klägervertreters. Nachdem dieser erschienen war, teilte er mit, er habe am Tag zuvor mit dem Kläger telefoniert; dieser habe ihm gegenüber erklärt, dass die Schweigepflichtentbindung vom 12. Juni 2012 uneingeschränkt gelten solle. 16

Der Klägervertreter hat keinen Antrag gestellt. Die Beklagte hat beantragt, nach Lage der Akten zu entscheiden und die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen. Das Landesarbeitsgericht beschloss, nach Lage der Akten zu entscheiden, und beraumte Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 19. Dezember 2012 an. Mit Schriftsatz vom 10. Dezember 2012 reichte der Kläger eine ärztliche Bescheinigung zur Akte, derzufolge er vom 20. bis 23. November 2012 arbeitsunfähig erkrankt und außerstande gewesen sei, am Termin zur mündlichen Verhandlung teilzunehmen. 17

Nach Beratung am 18. Dezember 2012 hat das Landesarbeitsgericht die Klage mit Urteil vom 19. Dezember 2012 „auf die mündliche Verhandlung vom 21.11.2012“ abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger, das Urteil des Arbeitsgerichts wiederherzustellen. 18

## Entscheidungsgründe

- Die Revision ist begründet. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Klage nicht abweisen. Die Sache war erneut an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann den Rechtsstreit nicht abschließend entscheiden. Der relevante Sachverhalt ist noch immer nicht festgestellt. 19
- I. Das Landesarbeitsgericht durfte nach Lage der Akten entscheiden. 20
1. Gemäß § 331a Satz 2, § 251a Abs. 2 ZPO darf beim Ausbleiben einer Partei im Termin ein Urteil nach Lage der Akten ergehen, wenn in einem früheren Termin mündlich verhandelt worden ist. Es darf frühestens zwei Wochen später verkündet werden. Das Gericht hat der nicht erschienenen Partei den Verkündungstermin formlos mitzuteilen. Es bestimmt einen neuen Termin zur mündlichen Verhandlung, wenn die Partei dies spätestens am siebenten Tag vor dem zur Verkündung bestimmten Termin beantragt und glaubhaft macht, dass sie ohne ihr Verschulden ausgeblieben ist und die Verlegung des Termins nicht rechtzeitig beantragen konnte. 21
2. Eine Verhandlung „in einem früheren Termin“ ist auch eine solche, die bei dem Landesarbeitsgericht vor einer Zurückverweisung der Sache durch das Bundesarbeitsgericht stattgefunden hat. 22
- a) Durch die Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht wird das Verfahren in der Lage wieder eröffnet, in der es sich befunden hat, als die Verhandlung vor dem Erlass des aufgehobenen Urteils geschlossen wurde (*RG 1. November 1935 - VI 453/34 - zu 1 der Gründe, RGZ 149, 157*). Das Verfahren vor und nach der Zurückverweisung bildet eine Einheit (*MüKoZPO/Gehrlein 4. Aufl. § 251a Rn. 16; Zöller/Greger ZPO 30. Aufl. § 251a Rn. 3*). Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Revisionsgericht nicht allein das Berufungsurteil, sondern nach § 562 Abs. 2 ZPO zugleich das diesem zugrunde liegende Verfahren aufgehoben hat. 23

b) Dem steht nicht entgegen, dass es nach der Zurückverweisung zu einem Wechsel der zuständigen Richter kommen kann. Das Erfordernis einer früheren mündlichen Verhandlung soll gewährleisten, dass die Parteien ihre Standpunkte zumindest einmal mündlich vortragen können (*RG 1. November 1935 - VI 453/34 - zu 1 der Gründe, RGZ 149, 157*). Diesem Zweck ist auch dann Rechnung getragen, wenn die erkennende Kammer bei der mündlichen Verhandlung personell anders besetzt war oder die Verhandlung vor einer anderen Kammer stattgefunden hat (*RG 1. November 1935 - VI 453/34 - aaO*). § 309 ZPO ist insoweit nicht anwendbar. Die frühere Verhandlung ist lediglich Voraussetzung für das Urteil nach Lage der Akten, sie liegt diesem jedoch nicht iSv. § 309 ZPO zugrunde (*RG 1. November 1935 - VI 453/34 - aaO; MüKoZPO/Gehrlein 4. Aufl. § 251a Rn. 17*). 24

c) Entgegen der Auffassung des Klägers ist eine mündliche Verhandlung nach der Zurückverweisung auch nicht deshalb Voraussetzung für eine Entscheidung nach Lage der Akten, weil die Parteien die Möglichkeit haben müssen, neue Tatsachen vorzutragen. Das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs erfordert nicht stets eine mündliche Verhandlung. Ihm ist auch dann Genüge getan, wenn die betreffende Partei Gelegenheit hatte, sich zu der Rechtsache schriftlich zu äußern. 25

3. Das Landesarbeitsgericht musste keinen neuen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen. Es kann dahinstehen, ob das in § 251a Abs. 2 Satz 4 ZPO vorgesehene Recht, die Anberaumung eines neuen Termins zur mündlichen Verhandlung zu beantragen, nur einer Partei zusteht, die dem Termin ohne ihr Verschulden gänzlich ferngeblieben ist (*so Stein/Jonas/Roth 22. Aufl. § 251a Rn. 19; Zöller/Greger ZPO 30. Aufl. § 251a Rn. 7; Wieczorek/Schütze/Gerken 4. Aufl. § 251a ZPO Rn. 24; Musielak/Stadler ZPO 11. Aufl. § 251a Rn. 4*), oder auch einer Partei, die zwar erschienen ist, aber nicht verhandelt hat (*so MüKoZPO/Gehrlein 4. Aufl. § 251a Rn. 27, 29*). Der Kläger hat nicht geltend gemacht, er habe ohne sein Verschulden nicht verhandelt. Zwar konnte er selbst aus gesundheitlichen Gründen nicht zur mündlichen Verhandlung erscheinen. Dies führte jedoch nicht dazu, dass auch sein im Termin an- 26

wesender Prozessbevollmächtigter nicht in der Lage gewesen wäre zu verhandeln. Gründe dafür, dass eine Verhandlung in seiner persönlichen Abwesenheit nicht möglich gewesen sei, hat der Kläger nicht vorgetragen.

4. Ein Verfahrensfehler folgt nicht daraus, dass das Landesarbeitsgericht den Parteien den Beratungstermin nicht mitgeteilt hatte. § 251a Abs. 2 Satz 3 ZPO sieht nur die Mitteilung des Verkündungstermins vor. Spätestens ab dem sechsten Tag vor dem Verkündungstermin müssen die Parteien jederzeit mit einer, ggf. mehreren Beratungen der Kammer rechnen. Inwiefern dem Kläger, wie er meint, „zu dieser Beratung“ Gelegenheit zur Stellungnahme hätte eingeräumt werden müssen, ist nicht ersichtlich. Seinem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs war dadurch Genüge getan, dass das Landesarbeitsgericht sämtliche bis zu seiner Beratung eingegangenen Schriftsätze der Parteien zur Kenntnis genommen und gewürdigt hat. 27

5. Das angefochtene Urteil ist - anders als der Kläger meint - nicht deshalb verfahrensfehlerhaft, weil es ausweislich seines Rubrums „auf die mündliche Verhandlung vom 21.11.2012“ ergangen ist. Zwar ist die Entscheidung nicht auf eine mündliche Verhandlung hin, sondern nach Lage der Akten am 21. November 2012 ergangen. In der falschen Angabe liegt jedoch keine Verletzung einer Rechtsnorm iSv. § 73 ArbGG. Der Fehler unterliegt als offenbare Unrichtigkeit nur der Berichtigung gemäß § 319 ZPO. 28

II. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen zu Unrecht angenommen, der Kläger habe im Frühjahr 2009 seine arbeitsvertraglichen Pflichten in vorwerfbarer Weise verletzt. Es durfte den Vortrag der Beklagten, der Kläger sei nicht außerstande gewesen, sein vertragswidriges Verhalten zu steuern, nicht ohne Vernehmung der Zeugen für wahr erachten. 29

1. Der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzprozess die Darlegungs- und Beweislast auch dafür, dass solche Tatsachen nicht vorgelegen haben, die das kündigungsrelevante Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt oder entschuldigt erscheinen lassen (*vgl. BAG 3. November 2011 - 2 AZR 748/10 -* 30

*Rn. 23; 21. Mai 1992 - 2 AZR 10/92 - zu II 2 b bb der Gründe, BAGE 70, 262).* Beruft sich der Arbeitnehmer insoweit auf eine Erkrankung und legt er substantiiert dar, woran er erkrankt war und weshalb er aus diesem Grunde nicht nur arbeitsunfähig war, sondern auch bestimmte Nebenpflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen konnte, kann sich der Arbeitgeber zum Beweis dafür, dass die Behauptungen des Arbeitnehmers nicht zutreffen, auf das Zeugnis der behandelnden Ärzte berufen. Aufgrund seiner prozessualen Mitwirkungspflicht obliegt es dem Kläger, diese von ihrer Schweigepflicht zu entbinden (*zur prozessualen Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers bei der krankheitsbedingten Kündigung vgl. BAG 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - zu B I 2 a der Gründe*).

2. Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Das Gericht hat dabei auch die prozessualen und vorprozessualen Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen der Parteien und ihrer Vertreter zu würdigen. Weigert sich ein Prozessbeteiligter, seine Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden, und macht er der beweispflichtigen Gegenpartei die Beweisführung unmöglich, kann das als Beweisvereitelung im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sein. Dabei führt eine solche Beweisvereitelung - anders als mangelndes Bestreiten nach § 138 Abs. 3 ZPO - nicht ohne Weiteres dazu, dass der Vortrag der beweisbelasteten Partei als zugestanden gilt. Vielmehr kommen Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast in Betracht, wenn dem Beweispflichtigen die volle Beweislast billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann (*BAG 19. Februar 1997 - 5 AZR 747/93 - zu B II 3 der Gründe, BAGE 85, 140; BGH 23. Oktober 2008 - VII ZR 64/07 - Rn. 23*). Welche beweisrechtlichen Konsequenzen angemessen sind, ist unter Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (*BGH 23. Oktober 2008 - VII ZR 64/07 - aaO*).

31

3. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger habe die Beweisführung der Beklagten vereitelt, weil er die ihn behandelnden Ärzte nicht in ausreichender Weise von der Schweigepflicht entbunden habe. 32
- a) Die Entbindung von der Schweigepflicht kann dem Zeugen, der Gegenpartei oder dem Gericht gegenüber erklärt werden. Da es sich bei den Daten, die der Schweigepflicht unterliegen, um geheim zu haltende Angelegenheiten höchstpersönlicher Art handelt, muss in jedem Fall sichergestellt sein, dass die Entbindung von dem Rechtsträger selbst stammt. Das schließt nicht aus, dass die Erklärung nach außen durch einen Prozessbevollmächtigten erfolgen oder schon in der Benennung einer der in § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO bezeichneten Personen als Zeuge zu sehen sein kann. In Zweifelsfällen hat das Gericht zu klären, ob die Erklärung von der Partei selbst getragen wird oder ohne entsprechendes Einverständnis abgegeben worden ist (*BAG 12. Januar 1995 - 2 AZR 366/94 - zu 2 c der Gründe*). 33
- b) Der Kläger hatte die von der Beklagten benannten Zeugen wirksam von ihrer ärztlichen Schweigepflicht entbunden. 34
- aa) Mit drei gleichlautenden, von ihm persönlich unterzeichneten Schreiben vom 12. Juni 2012 hatte er erklärt, er entbinde die betreffenden Ärzte von ihrer Schweigepflicht. Er sei damit einverstanden, dass alle erforderlichen Auskünfte erteilt würden, die im Zusammenhang mit seiner Erkrankung ständen. 35
- bb) Die mit Schriftsatz vom 26. September 2012 nachträglich erklärte Beschränkung dieser Entbindung hat der Kläger entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht aufrechterhalten. 36
- (1) Das Landesarbeitsgericht hat den Kläger nach Eingang des Schriftsatzes zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Entbindung von der Schweigepflicht, die dem Arzt eine Aussage nur in Abwesenheit der gegnerischen Partei gestattet, der prozessualen Mitwirkungspflicht nicht genügt. Die Entbindung von der Schweigepflicht nach § 385 Abs. 2 ZPO soll die Erhebung des Zeugenbeweises durch Vernehmung einer gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 6 ZPO an sich 37

zur Zeugnisverweigerung berechtigten Person ermöglichen. Gestattet ein Prozessbeteiligter dem ihn behandelnden Arzt die Aussage nur in Abwesenheit der gegnerischen Partei, ist das Gericht gehindert, den Arzt als Zeugen zu vernehmen. Andernfalls verstieße es gegen das Gebot der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme in § 357 Abs. 1 ZPO und verletzte damit den Anspruch der nicht anwesenden Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.

(2) Nach diesem Hinweis hat der Kläger an der Beschränkung seiner Entbindung nicht festgehalten. 38

(a) Zwar vermochte das Schreiben des Prozessbevollmächtigten vom 12. November 2012, die Entbindung von der Schweigepflicht solle uneingeschränkt gelten, die zuvor erklärte Beschränkung nicht aufzuheben. Angesichts der Bemerkung des Prozessbevollmächtigten, er habe bislang keine Gelegenheit gehabt, mit dem Kläger persönlich Rücksprache zu halten, war nicht sichergestellt, dass der Erklärung eine Gestattung des Klägers als des Rechtsinhabers zugrunde lag. 39

(b) Ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 21. November 2012 hat der anreisende Prozessbevollmächtigte jedoch auf telefonische Nachfrage mitgeteilt, er habe zwar keine schriftliche Erklärung des Klägers über die Entbindung der anwesenden Zeugen von ihrer Schweigepflicht bei sich, der Kläger habe ihm gegenüber aber ausdrücklich die Zeugenvernehmung gewünscht. Das war nicht anders zu verstehen, als dass der Kläger eine Beweisaufnahme auch in Gegenwart eines Vertreters der Beklagten gestatte. Dies hat der Klägervertreter nach seinem Erscheinen im Termin unter Verweis auf ein mit dem Kläger am Vortag geführtes Telefonat klargestellt. Anhaltspunkte für die Annahme, die Erklärung sei gleichwohl nicht vom höchstpersönlichen Willen des Klägers getragen, bestanden nicht. Dies gilt umso mehr, als das Landesarbeitsgericht in seinem Urteil ausgeführt hat, der Kläger sei in den Tagen vor der mündlichen Verhandlung „zweifellos dazu in der Lage [gewesen], sachgerechte Erklärungen abzugeben“. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts war es für die Wirksamkeit der Erklärung nicht erforderlich, dass sie schriftlich erfolgt wäre. 40

Selbst eine in der Benennung von Zeugen liegende konkludente Erklärung kann ausreichen (vgl. *Musielak/Huber ZPO 11. Aufl. § 385 Rn. 8*).

c) Das Landesarbeitsgericht durfte nicht deshalb von der Beweisaufnahme absehen, weil die der prozessualen Mitwirkungspflicht schließlich genügende Entbindungserklärung erst nach Ablauf der seitens des Gerichts nach § 356 ZPO bis zum 16. November 2012 gesetzten Frist einging. Durch die Vernehmung der im Termin anwesenden Zeugen wäre das Verfahren nicht verzögert worden. 41

d) Selbst wenn dem Landesarbeitsgericht zugute zu halten sein sollte, dass es letzte Zweifel am Willen des Klägers, die Ärzte von ihrer Schweigepflicht zu entbinden, als nicht ausgeräumt betrachten durfte, so durfte es angesichts des Ablaufs der Geschehnisse doch nicht annehmen, der Kläger wolle den der Beklagten obliegenden Beweis seiner Steuerungsfähigkeit tatsächlich vereiteln. Sein Ziel war es ersichtlich nicht, der Beklagten die Beweisführung unmöglich zu machen. Es ging ihm lediglich darum, ihren Mitarbeitern - nicht auch ihrem Prozessbevollmächtigten und dem Gericht - sensible höchstpersönliche Daten vorzuenthalten. Dies ist grundsätzlich von § 385 Abs. 2, § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO gedeckt. Wenn der Kläger deshalb - und sei es ungeschickt und auf rechtlich nicht mögliche Weise - die Entbindung seiner Ärzte von der Schweigepflicht möglichst eng zu gestalten suchte, liegt darin nicht die Absicht der Beweisvereitelung. 42

III. Der Senat kann den Rechtsstreit nicht abschließend entscheiden. Der relevante Sachverhalt ist noch nicht hinreichend festgestellt (§ 563 Abs. 3 ZPO). Es bedarf der Vernehmung der von der Beklagten als Zeugen benannten Ärzte. 43

1. Die Beklagte ist der ihr obliegenden Darlegungslast nachgekommen. Sie hat unter Verweis auf dessen Verhalten in der Vergangenheit, den häufigen Wechsel der Ärzte und deren Diagnosen die vom Kläger behauptete Steuerungsunfähigkeit in Abrede gestellt und zum Beweis für die Richtigkeit ihres Vortrags die behandelnden Ärzte als Zeugen benannt. Eine weitergehende Dar- 44

legung war von ihr nicht zu verlangen. Der Beweisgegenstand betrifft Geschehensabläufe aus der Sphäre des Klägers.

2. Das Landesarbeitsgericht wird die bislang unterbliebene Beweisaufnahme nachzuholen haben. Der Kläger hat die zu vernehmenden Ärzte ordnungsgemäß von ihrer Schweigepflicht entbunden. In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesarbeitsgericht hat er überdies persönlich bekräftigt, er sei damit einverstanden, dass die Zeugen auch in Gegenwart eines weiteren Vertreters der Beklagten vernommen würden. 45

Kreft

Berger

Rinck

Krichel

Pitsch