

Aktenzeichen: 5 AZR 1050/79

LAG Berlin Urteil des BAG vom 22. Oktober 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: LohnFG § 1 Abs. 1 Satz 1; BGB § 242 Unzulässige
Rechtsausübung - Verwirkung; RVO § 182 Abs. 10;
ArbGG 1953 § 47 Abs. 2, § 54 Abs. 1, § 55 Abs. 1,
§ 73 Abs. 1; ArbGG 1979 § 46 Abs. 2, § 56 Abs. 1
Satz 2 Nr. 1, § 56 Abs. 2 Satz 2; ZPO 1977 § 273
Abs. 2 Nr. 1, § 275 Abs. 3, § 277 Abs. 3, § 296
Abs. 1, § 528

Leitsätze:

K e i n e



5 AZR 1050/79

3 Sa 40/79 Berlin

Verkündet am
22. Oktober 1980

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 22. Oktober 1980 durch den Richter Dr. Heither als Vorsitzenden, die Richter Matthes und Griebeling sowie die ehrenamtlichen Richter Döring und Dr. Schönherr für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 12. Juni 1979 - 3 Sa 40/79 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten 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 !



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Lohnfortzahlung aus übergegangenem Recht (§ 182 Abs. 10 RVO).

Der bei der Klägerin gesetzlich versicherte U W wurde am 12. Juni 1978 vom Beklagten als Landschaftsgärtner eingestellt. Vom 24. Juli bis zum 29. August 1978 war Herr W wegen Asthma bronchiale arbeitsunfähig krank. Mit Schreiben vom 21. August 1978 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos mit der Begründung, Herr W habe bei dem Anstellungsgespräch mit dem Betriebsleiter des Beklagten Sch sein Asthmaleiden verschwiegen. Die Klägerin zahlte an ihren Versicherten für die Zeit vom 1. bis 29. August 1978 insgesamt 1.032,98 DM Krankengeld. Mit ihrer Klage verlangt sie vom Beklagten die Erstattung dieses Betrages.

Die Klägerin hat behauptet, ihr Versicherungsnehmer habe bei seinem Einstellungsgespräch von sich aus darauf hingewiesen, daß er wegen seiner Bronchialerkrankung zwei Jahre arbeitsunfähig gewesen sei. Darauf habe er die Antwort erhalten, daß man es gleichwohl mit ihm versuchen werde. Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 1.032,98 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 29. November 1978 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

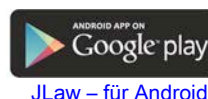
die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, der Betriebsleiter Sch habe Herrn W bei dem Einstellungsgespräch gefragt, ob er an einer chronischen Krankheit leide. Diese Frage habe Herr W bewußt wahrheitswidrig verneint

- 3 -



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



- 3 -

Das Arbeitsgericht hat das Vorbringen des Beklagten unter Hinweis auf § 296 Abs. 1 in Verb. mit § 275 Abs. 3 und § 277 Abs. 3 ZPO 1977 als verspätet zurückgewiesen, weil der Beklagte eine detaillierte Auflage nicht rechtzeitig erfüllt habe. Die Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Das Landesarbeitsgericht hat den in erster Instanz zurückgewiesenen Vortrag des Beklagten ebenfalls nicht berücksichtigt. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hätte das Vorbringen des Beklagten berücksichtigen müssen.

1. Mit § 528 Abs. 3 ZPO 1977 konnte das Berufungsgericht die Zurückweisung nicht rechtfertigen. Nach dieser Bestimmung bleiben Angriffs- und Verteidigungsmittel nur dann unberücksichtigt, wenn sie im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind. Das ist hier nicht der Fall.

a) § 275 Abs. 3 ZPO 1977, mit dem das Arbeitsgericht die Zurückweisung des Vorbringens rechtfertigen will, ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht anwendbar. Diese Vorschrift gehört zu den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über den frühen ersten Termin und das schriftliche Vorverfahren (§§ 275 bis 277 ZPO 1977), die durch besondere Bestimmungen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens ersetzt werden. Das ist heute in § 46 Abs. 2 ArbGG 1979 klargestellt. Die Bestimmungen galten aber auch vorher nicht, weil sie nur für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, nicht auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren bestimmt waren.



- 4 -

In Verfahren vor den ordentlichen Gerichten hat § 275 Abs. 3 ZPO seinen guten Sinn. Dort hat der Vorsitzende die Wahl, ob er einen Haupttermin durch einen frühen ersten Termin oder durch ein schriftliches Vorverfahren vorbereitet (§§ 275, 276 ZPO 1977). Bleibt der frühe erste Termin erfolglos, muß das Gericht dem Beklagten eine Frist zur Klageerwidern setzen, die mindestens zwei Wochen betragen muß (§ 275 Abs. 3 ZPO, § 277 Abs. 3 ZPO 1977). Dagegen beginnt das Verfahren vor den Arbeitsgerichten mit der Güteverhandlung (§ 54 Abs. 1 ArbGG 1953). Bleibt diese erfolglos, schließt sich die streitige Verhandlung unmittelbar an oder soll höchstens drei Tage später stattfinden (§ 55 Abs. 1 ArbGG 1953). Es ergeht in aller Regel vorher keine Aufforderung an den Beklagten, sich auf die Klage schriftlich zu äußern (§ 47 Abs. 2 ArbGG 1953).

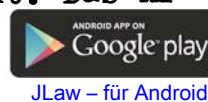
Der Gesetzgeber hat somit die Verfahrensbeschleunigung bei den Arbeitsgerichten anders geregelt als bei den ordentlichen Gerichten. Sie soll durch eine umfassende mündliche Erörterung des Sach- und Streitstandes im Güte Termin erreicht werden. Das hat gute Gründe: Auch prozeßunerfahrene Parteien können unmittelbar vor Gericht ihre Auffassung darlegen und die erforderlichen Tatsachen vorbringen (vgl. Urteil des Dritten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Juni 1980 - 3 AZR 1177/79 - [demnächst] AP Nr. 1 zu § 56 ArbGG 1979 [zu 2 der Gründe]).

b) Auch § 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO 1977 in Verb. mit § 296 Abs. 1 ZPO 1977 hätte es dem Arbeitsgericht nicht gestattet, das Vorbringen des Beklagten als verspätet zurückzuweisen.

Es könnte sein, daß das Arbeitsgericht nur irrtümlich § 275 Abs. 3 ZPO 1977 als die die Zurückweisung rechtfertigende Norm angeführt hat. Das Ar-



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 5 -

- 5 -

beitsgericht begründet nämlich die Zurückweisung damit, daß es dem Beklagten eine detaillierte Auflage erteilt habe, die der Beklagte nicht rechtzeitig erfüllt habe. Das ist der Sache nach eine Zurückweisung nach § 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO 1977.

Nach dieser Bestimmung kann der Vorsitzende den Parteien eine Frist zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Punkte setzen. So ist der Vorsitzende des Arbeitsgerichts hier verfahren. Er hat die klärungsbedürftigen Punkte genau bezeichnet, um den Streitstoff zu konzentrieren und den Beklagten zum sachgemäßen Vortrag zu veranlassen.

Diese Bestimmung war am 15. März 1979, als das Arbeitsgericht seine Entscheidung verkündet hatte, auch anwendbar. Sie wurde nicht durch § 56 ArbGG 1953 verdrängt. Die Rechtslage entsprach insoweit derjenigen, wie sie durch § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ArbGG 1979 ab 1. Juli 1979 geregelt worden ist (vgl. das bereits angeführte Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Juni 1980 - 3 AZR 1177/79 - [zu 3 der Gründe]).

Die auf § 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO 1977 gestützte Zurückweisung verspäteten Vorbringens scheitert im vorliegenden Fall jedoch daran, daß der Vorsitzende den Beklagten nicht auf die Folgen der Fristversäumung hingewiesen hatte. Eine solche Belehrung war erforderlich. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren braucht eine Partei bei Prozeßbeginn nicht damit zu rechnen, daß sie zu einer schriftlichen Erklärung aufgefordert wird. Wenn das doch geschieht, muß sie über die Rechtsfolgen einer Fristversäumung belehrt werden. Der Beklagte brauchte deshalb ohne diese Belehrung nicht zu besorgen, daß er mit Vorbringen, das er nicht innerhalb der gesetzten Frist angebracht hatte, ausgeschlossen werde.



- 6 -

- 6 -

Die Neuregelung des § 56 Abs. 2 Satz 2 ArbGG 1979 bestätigt das. Danach sind jetzt die Parteien über die Folgen der Versäumung der Frist, die der Vorsitzende zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Punkte setzt, zu belehren. Der Gesetzgeber hat damit das angeordnet, was für das arbeitsgerichtliche Verfahren, in dem häufig prozeßunerfahrene Parteien auftreten, schon immer galt. Der Vorsitzende hätte mithin den Beklagten auf die Bedeutung der Frist hinweisen müssen. Da das nicht geschehen ist, war es dem Arbeitsgericht verwehrt, das Vorbringen des Beklagten als verspätet zurückzuweisen.

2. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht weiter an, der Beklagte sei auch nach § 528 Abs. 2 ZPO 1977 mit seinem Vorbringen ausgeschlossen. Dabei verkennt das Berufungsgericht, daß § 528 Abs. 2 ZPO 1977 - ebenso wie § 528 Abs. 1 ZPO 1977 - nur die Zurückweisung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel betrifft. Das sind solche Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug nicht rechtzeitig vorgebracht oder mitgeteilt worden waren. Ist aber der Vortrag einer Partei schon in der ersten Instanz in den Prozeß eingeführt worden, handelt es sich nicht um neues Vorbringen. Schon aus diesem Grund ist § 528 Abs. 2 ZPO 1977 hier nicht anwendbar.

3. Auf der Verletzung von § 528 Abs. 2 und 3 ZPO 1977 beruht das angefochtene Urteil (§ 73 Abs. 1 ArbGG). Es ist nicht auszuschließen, daß die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn das Berufungsgericht die Behauptung des Beklagten berücksichtigt hätte.

a) Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer bei der Einstellung zumindest nach solchen chroni-



- 7 -

schen Krankheiten fragen, die sich auf die geschuldete Arbeitsleistung unmittelbar nachteilig auswirken können. Der Arbeitnehmer muß wahrheitsgemäß antworten (vgl. BAG 15, 261 [263] = AP Nr. 6 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß [zu I 1 der Gründe]). Deshalb hätte auch Herr W sein seit Geburt bestehendes Asthmaleiden angeben müssen. Der Einsatz als Landschaftsgärtner war bei diesem Leiden zumindest fraglich.

b) Hätte Herr W die Frage nach den chronischen Krankheiten nicht wahrheitsgemäß beantwortet, könnte er keine Lohnfortzahlungsansprüche (§ 1 Abs. 1 Satz 1 LohnFG) geltend machen. Da das Arbeitsverhältnis nur kurze Zeit bestand und da es sich um die erste Arbeitsunfähigkeit aufgrund der verschwiegenen Krankheit handelte, kann der Beklagte seinem Arbeitnehmer den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenhalten. Davon gehen auch beide Vorinstanzen aus.

4. Somit hängt die Entscheidung des Rechtsstreits davon ab, ob die vom Berufungsgericht zu Unrecht zurückgewiesene Behauptung des Beklagten zutrifft, er habe Herrn W bei der Einstellung gefragt, ob er an einer chronischen Krankheit leide, und diese Frage habe Herr W bewußt wahrheitswidrig verneint. Das muß das Berufungsgericht noch feststellen.

gez.: Dr. Heither Matthes Griebeling

Döring Dr. Schönherr

