

VII ZR 140/60

Verkündet

am 27. November 1961

Woitscheck,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

2211 021

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des praktischen Arztes Dr. med. Heinz-Georg S [REDACTED]-D [REDACTED],
K [REDACTED], B [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Innen-
minister, D [REDACTED], E [REDACTED]straße,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. November 1961 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-
Trosien, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
27. April 1960 und das Urteil der 5. Zivilkammer des
Landgerichts in Köln vom 7. Juni 1957 teilweise aufge-
hoben und abgeändert:

Das beklagte Land wird verurteilt, an den Kläger
9.833 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 11. Februar 1957 zu
zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen und die Revision
zurückgewiesen.

Das beklagte Land hat die Kosten des Rechtsstreits
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war von April 1945 bis zum 31. März 1955 Polizeivertragsarzt. Ihm oblag die ärztliche Betreuung der heilfürsorgeberechtigten Beamten der Polizeibehörde Köln, deren Zahl damals im wesentlichen unverändert etwa 1 500 Beamte betrug. Daneben übte er als Arzt noch Privat- und Kassenarztpraxis aus.

Seine Rechtsstellung war ursprünglich durch einen mit der Stadt Köln abgeschlossenen Vertrag vom 5. November 1946 geregelt. Dieser Vertrag wurde zum 31. Dezember 1950 gekündigt. Es fanden dann Verhandlungen wegen des Abschlusses eines neuen Vertrages statt. Die von der Stadt ausgearbeiteten Vertragsentwürfe sahen für den Kläger und den Assistenzarzt Dr. B. eine monatliche Vergütung von 400,-- DM vor. Der Kläger stimmte dem Vertrag jedoch nur vorbehaltlich der Genehmigung der Ärztekammer zu. Er betreute dann mit Dr. B. die Polizeibeamten entsprechend der in den Vertragsentwürfen vorgesehenen Aufteilung. Die Vertragsentwürfe wurden in der Folgezeit durch die Ärztekammer nicht genehmigt und die Entwürfe nicht unterzeichnet.

Durch Runderlaß des Innenministers von Nordrhein-Westfalen vom 8. April 1952 - MinBl NRW Nr. 25 v. 6. Mai 1952 - wurden Richtlinien für den polizeiärztlichen Dienst herausgegeben. Danach soll an einen Polizeivertragsarzt für je 55 heilfürsorgeberechtigte Beamte 1/8, höchstens 8/8 der der Gruppe III TOA entsprechenden Bezüge bezahlt werden; bei mehr als 880 fürsorgeberechtigten Beamten sollte die Vergütung entsprechend TOA II bemessen werden. Auf Grund dieser Richtlinien verlangte der Kläger eine Vergütung nach TOA II als leitender Polizeiarzt und für Dr. B. eine Vergütung nach TOA III. Die Stadt Köln schlug eine Vergütung von je 50 %

der TOA II für beide Ärzte vor. Das lehnten die Ärzte ab und schlugen ihrerseits mit Schreiben vom 19. Dezember 1952 vor, jedem von ihnen eine Vergütung von 3/4 der Gruppe TOA II zu gewähren. Am 10. Februar 1953 beschloß der Personalunterausschuß der Polizei, die Verträge in der vorgesehenen Form mit den Ärzten abzuschließen, die Regelung des Entgelts jedoch zurückzustellen, bis die diesbezüglichen Verhandlungen zwischen der Ärztekammer und dem beklagten Land, das inzwischen als Rechtsnachfolger der Stadt Köln die Polizei übernommen hatte, zum Abschluß gekommen seien; bis dahin sollte der Kläger wie bisher monatlich 400 DM nebst einer Teuerungszulage von 60 DM erhalten. Die Unterzeichnung eines entsprechend diesem Beschluß abgeänderten Vertragsentwurfs lehnte der Kläger ab, weil der Vertrag der Genehmigung der Ärztekammer unterliege. Diese Genehmigung ist nicht erteilt, der Vertragsentwurf ist vom Kläger nicht unterschrieben worden. Ab 1. April 1953 erhielt der Kläger eine Teuerungszulage von weiteren 60,-- DM und ab 1. Juli 1954 von weiteren 45,-- DM.

Mit Schreiben vom 11. März 1955 kündigte der Polizeipräsident in Köln auf Weisung des Innenministeriums dem Kläger zum 31. März 1955.

Der Kläger beanspruchte von dem verklagten Land rückwirkend seit 1. Januar 1951 eine Vergütung nach TOA I. Dies wurde abgelehnt mit der Begründung, daß ihn seine Tätigkeit als Polizeiarzt unstreitig nur 4-5 Stunden täglich in Anspruch genommen habe.

Mit der am 31. Dezember 1956 bei Gericht eingegangenen, dem beklagten Land am 11. Februar 1957 zugestellten Klage begehrt der Kläger die Nachzahlung des ihm nach seiner Ansicht zustehenden Entgelts seit dem 1. Januar 1953.



Er hat vorgetragen, eine Vereinbarung über das Entgelt sei mit der Stadt Köln und dem Land nicht zustande gekommen. Er könne daher entsprechend der Preußischen Gebührenordnung für Ärzte (PreuGO) seit 1953 nach Abzug der bereits erhaltenen Beträge noch 3.000 DM für jedes Vierteljahr, zusammen also 27.000 DM beanspruchen.

Er hat beantragt, das Land zur Zahlung von 10.000 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung zu verurteilen. Die Klagesumme hat er wie folgt aufgliedert: Je 4.000 DM als Teilbetrag für 1953 und 1954, 2.000 DM für das 1. Vierteljahr 1955.

Das Land hat Abweisung der Klage beantragt. Es ist der Auffassung, der Kläger habe sich mit der ihm gewährten Vergütung von 400 DM nebst Teuerungszulagen einverstanden erklärt und niemals zum Ausdruck gebracht, daß er die geleisteten Zahlungen nur als Abschläge auf eine ihm zustehende höhere Vergütung betrachte. Die dem Kläger gewährte Vergütung sei im Hinblick auf den Umfang seiner Tätigkeit angemessen. Außerdem macht es die Einrede der Verjährung geltend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das Land zur Zahlung von 2.662,50 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 11. Februar 1957 (Tag der Klagezustellung) verurteilt und die Berufung im übrigen zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den über 2.662,50 DM hinausgehenden Anspruch weiter. Das Land beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält es für zweifelhaft, ob für die Zeit seit dem 1. Januar 1951 eine Einigung der Parteien über die Höhe des Entgelts des Klägers erzielt worden und zwischen den Parteien ein Dienstvertrag zustande gekommen sei. Da der Kläger aber dennoch bis zum 31. März 1955 als Polizeiarzt weiter tätig gewesen sei, liege ein sogenanntes "faktisches Dienstverhältnis" vor. Der Kläger könne für seine Tätigkeit in Ermangelung einer Einigung über die Höhe des Entgelts die übliche Vergütung verlangen (§ 612 BGB). Diese sei, da die Arbeit des Klägers nicht in Einzelleistungen bestanden habe, nicht nach der PreuGO, sondern entsprechend TOA II zu bemessen; doch sei eine Kürzung der sich hieraus ergebenden Bezüge um $\frac{3}{8}$ angebracht, weil der Kläger, wie er selbst nicht bestreite, durch seine Tätigkeit als Polizeiarzt täglich etwa nur 4 - 5 Stunden in Anspruch genommen gewesen sei und daneben noch eine umfangreiche Privat- und Kassenpraxis ausgeübt habe. Der Anspruch des Klägers für das Jahr 1953 sei verjährt (§ 196 Nr. 14 BGB). Eine Unterbrechung oder Hemmung dieser Verjährung habe nicht stattgefunden. Das Berufungsgericht hat deshalb dem Kläger unter Zugrundelegung einer Vergütung von $\frac{5}{8}$ aus TOA II für die Jahre 1954 und 1955 eine Restforderung von 2.662,50 DM zugesprochen.

II.

Die Revision des Klägers ist im wesentlichen begründet.

- 1) Es kann dahingestellt bleiben, ob zwischen den Parteien ein Dienstvertrag zustande gekommen und nur die Höhe der Vergütung offen geblieben ist. Es bedarf auch keiner Stellung-

nahme zu den Ausführungen des Berufungsgerichts, daß zwischen den Beteiligten möglicherweise ein "faktisches Dienstverhältnis" bestanden habe. In jedem Falle steht dem Kläger ein Anspruch zu, der sowohl als echter Lohnanspruch wie als Bereicherungsanspruch in Anlehnung an § 612 Abs. 2 BGB in Höhe der "üblichen Vergütung" zu gewähren ist. Darüber sind sich die Parteien im Laufe des Rechtsstreits auch einig geworden, wie aus ihren beiderseitigen Ausführungen in der Revisionsinstanz hervorgeht.

Als "übliche Vergütung" ist das anzusehen, was der Kläger als leitender Polizeivertragsarzt zu beanspruchen gehabt hätte, wenn ein in jeder Hinsicht wirksamer Vertrag vorgelegen hätte. Zutreffend legt daher das Berufungsgericht auch die ministeriellen Richtlinien vom 18. April 1952 zugrunde und spricht dem Kläger eine Vergütung nach TOA II zu.

Insoweit hat der Kläger mit seiner Revision keine Rügen erhoben. Er wehrt sich lediglich gegen die Kürzung auf 5/8 der Bezüge nach TOA II und gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß sein Anspruch für das Jahr 1953 verjährt sei.

2) Höhe der Vergütung

a) Das Berufungsgericht will die Kürzung der Bezüge des Klägers auf 5/8 der Sätze nach TOA II damit rechtfertigen, daß der Kläger durch seine Tätigkeit als Polizeiarzt unstreitig nur etwa 4 bis 5 Stunden täglich in Anspruch genommen worden und es ihm daneben noch möglich gewesen sei, eine umfangreiche Privat- und Kassenpraxis auszuüben.

b) Diese Erwägungen treffen nicht den Kern der Sache. Sie widersprechen vor allem dem oben angeführten Ministerialerlaß vom 18. April 1952. Danach ist die Ausübung einer Privat- und Kassenpraxis dem Polizeivertragsarzt nicht untersagt. Der

Minister geht sogar in einer Erläuterung zu seinem Erlaß davon aus, daß eine solche Praxis nicht nur erlaubt, sondern erwünscht sei. Das Berufungsgericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, in dem Erlaß des Innenministers sei nur von Privat- und Ersatzkassenpraxis, aber nicht von einer (RVO-) Kassenpraxis die Rede. Es möchte daraus den Schluß ziehen, daß eine solche Kassenpraxis den Kläger zu stark belaste. Diese Erwägung liegt jedoch neben der Sache; für die Bemessung des dem Kläger zu gewährenden Entgelts kommt es auf seine Leistungen als Polizeivertragsarzt, nicht auf den Umfang seiner sonstigen Tätigkeit an.

Für die Höhe der Vergütung ist also allein maßgebend, was der Kläger nach dem zwischen den Parteien vorgesehenen Vertrag zu leisten hatte und was er tatsächlich geleistet hat. Das ist aber die Erfüllung der ihm in dem Katalog in Ziffer 3 der Richtlinien auferlegten Pflichten. Daß er diese nicht oder nur mangelhaft erfüllt habe, wird von dem beklagten Land nicht behauptet. Hat er aber das in den Vertragsentwürfen enthaltene Arbeitspensum erledigt, dann steht ihm auch die volle nach dem Erlaß vorgesehene Vergütung entsprechend TOA II zu und es ist unerheblich, ob und in welchem Umfang der Kläger daneben noch tätig war.

Deshalb ist es auch unrichtig, aus der Tatsache, daß die polizeiärztliche Tätigkeit den Kläger durchschnittlich nur 4 bis 5 Stunden täglich in Anspruch genommen hat, das Recht zu einer Kürzung der Vergütung herzuleiten. Die Vergütung des Polizeivertragsarztes wird, wie sich aus dem Erlaß vom 18. April 1952 eindeutig ergibt, und worauf mit der Revision zutreffend hingewiesen wird, nicht nach den Arbeitsstunden, sondern nach dem Arbeitsfeld bemessen. Überdies geht der Innenminister in seiner Erläuterung zu dem Erlaß selbst davon aus, daß ein Polizeivertragsarzt durch die ihm übertragene Tätigkeit "bei weitem noch nicht ausge-

lastet ist". Auch der Sachverständige Dr. Baumgarten hat, worauf der Kläger zutreffend hinweist, in seinem Gutachten bemerkt, daß "die für das Amt verwendete Dienstzeit bei umfangreicher Nebentätigkeit für manchen beamteten Arzt 4 - 5 Stunden nicht überschreiten" dürfte (Gutachten Seite 5).

Wenn das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Pietsch es demgegenüber für gerechtfertigt hält, mit Rücksicht auf die Arbeitszeit des Klägers von 4 bis 5 Stunden täglich eine Kürzung seiner Bezüge auf 5/8 der TOA II vorzunehmen, so kann diese Rechtsauffassung nach dem Ausgeführten nicht geteilt werden. Dem Kläger ist vielmehr für seine Tätigkeit die volle Vergütung entsprechend TOA II zuzubilligen.

3) Verjährung des Anspruchs aus 1953

a) Das Berufungsgericht sieht den Gehaltsanspruch des Klägers für das Jahr 1953 als verjährt an. Es bezieht sich hierfür auf § 196 Nr. 14 BGB und meint, eine Hemmung der Verjährung sei nicht eingetreten, da die Parteien eine Stundung etwa vorhandener Mehransprüche nicht vereinbart hätten und der Kläger jederzeit in der Lage gewesen wäre, seinen Anspruch sofort geltend zu machen.

b) Auch insoweit sind die Revisionsangriffe des Klägers im Ergebnis begründet. Mit Recht nimmt zwar das Berufungsgericht an, daß der Anspruch des Klägers in 2 Jahren verjährt. Die Verjährung beruht allerdings nicht auf § 196 Nr. 14 BGB, da es sich nicht um die Vergütung von Einzelleistungen handelt, sondern auf § 196 Nr. 8 BGB. Die 4-jährige Verjährung des § 197 BGB findet entgegen der Meinung des Klägers keine Anwendung, vielmehr die 2-jährige des § 196 Nr. 8 BGB, da diese Bestimmung auch für Ansprüche aus Privatverträgen mit einem öffentlichen Dienstträger gilt (Staudinger 11. Aufl. § 196 Anm. 25; Ambrosius TOA 5. Aufl. S. 333).

Dennoch kann das beklagte Land mit seiner Verjährungseinrede nicht durchdringen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie der Kläger meint, sein Anspruch für das Jahr 1953 nicht erst in unverjährter Zeit entstanden ist oder die Verjährung zeitweise gehemmt war. Jedenfalls verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn sich das Land auf die Verjährung des Anspruchs beruft. Die Parteien waren sich, solange der Kläger als Polizeiarzt tätig war, darüber einig, daß die endgültige Regelung der Ansprüche des Klägers zurückgestellt werden sollte, bis die Verhandlungen mit der Ärztekammer abgeschlossen waren. Wenn der Kläger unter diesen Umständen noch damit zugewartet hat, seinen Anspruch klageweise geltend zu machen, so kann das Land dieses Entgegenkommen des Klägers nicht zum Anlaß nehmen, gegenüber dem schließlich erhobenen Klageanspruch die Einrede der Verjährung geltend zu machen. Ein solches Verhalten müßte als eine mißbräuchliche Rechtsausübung angesehen werden (§ 242 BGB). Es ist auch nicht ersichtlich, daß der Kläger nach Beendigung seiner Tätigkeit mit der Erhebung der Klage unangemessen lang zugewartet hat. Wie sich aus dem beigezogenen Schriftwechsel ergibt, schwebten noch längere Zeit nachher Verhandlungen zwischen den Parteien, die erst mit dem Schreiben des Ministers vom 4. Oktober 1956 ein vorläufiges Ende fanden.

Da der Kläger die Klage aber bereits am 31. Dezember 1956 bei Gericht eingereicht hat, ist ihm ein Nachzahlungsanspruch unter Zugrundelegung einer Vergütung entsprechend TOA II auch für das Jahr 1953 zuzubilligen.

4) Daraus ergibt sich, daß der Kläger für die Jahre 1953 und 1954 nach der rechnerisch unbestrittenen Aufstellung des Berufungsgerichts (S. 26 d.U.) einen Nachzahlungsanspruch von mindestens 600,-- DM monatlich hat, der mithin die für diese Jahre geltend gemachten Teilbeträge von je

4.000 DM weit übersteigt. Für das Jahr 1955 hat der Kläger nach derselben Aufstellung noch monatlich 1.176 DM abzüglich bezahlter 565 DM = 611 DM, somit für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1955 1.833 DM zu beanspruchen. Da er für diese Zeit 2.000 DM verlangt, ist seine Klage in Höhe von 167 DM unbegründet.

IV.

Auf die Revision des Klägers ist somit das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als - abgesehen von der Abweisung seines Anspruchs in Höhe von 167,-- DM - zu seinem Nachteil entschieden worden ist. Auf seine Berufung ist das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, daß das beklagte Land zur Zahlung von 9.833,-- DM nebst 4 % Zinsen seit 11. Februar 1957 verurteilt und der Kläger mit seiner Gegenforderung abgewiesen wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 97 ZPO. Eine Kostenteilung erscheint angesichts der Geringfügigkeit des abgewiesenen Betrages nicht angebracht (§ 92 Abs. 2 ZPO).

Dr. Winkelmann Rietschel Heimann-Trosien Dr. Vogt Finke