

Gesetz: ZPO § 528

Rechtssatz: Verhandelt der Beklagte, nachdem er die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts eingewandt hat, zur Hauptsache, so verliert er dadurch nicht das Recht, sich auch im Berufungsverfahren auf die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts zu berufen.

Aktenzeichen: VII ZR 57/57

Urte. des BGH v. 24. Oktober 1957

OLG Hamburg

Verkündet am 24. Oktober 1957
Foltschek, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Arztes Dr. med. Otto J [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED],
Sch [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Widerklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Arzt Dr. med. Rudolf O [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED],
Sch [REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Widerbeklag-
ten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 24. Oktober 1957 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Winkelmann, Erbel
und H. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Ur-
teil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts in Hamburg vom 15. November 1956 und das Ur-
teil der 12. Zivilkammer des Landgerichts in Hamburg
vom 7. Juni 1956 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird an das Arbeitsgericht in
Hamburg verwiesen.

Die Kosten der Rechtsmittel hat der Kläger zu
tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

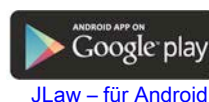
Der Kläger betreibt seit vielen Jahren in W [REDACTED] Ost eine ärztliche Allgemeinpraxis. Der Beklagte hat bei ihm seine Pflichtassistentenzeit abgeleistet. Im Anschluß hieran schlossen beide am 1. August 1950 einen Vertrag, wonach der Beklagte vom 1. Juli 1949 ab vom Kläger als Vertreter beschäftigt wurde. Er hatte gegen ein monatliches Entgelt von 150 DM zweimal wöchentlich in den Praxisräumen des Klägers die Sprechstunden abzuhalten und die ihm aufgetragenen Krankenbesuche auszuführen. Nachtbesuche wurden mit den vollen Gebühren besonders vergütet. Für zusätzliche ganztägige Vertretungen bekam er 15 DM, für halbtägige 7,50 DM. Der Kläger garantierte dem Beklagten ein jährliches Mindestgehalt von 5000 DM, das sich unter entsprechender Mehrbeschäftigung jedes Jahr um 420 DM erhöhen sollte. Die Prämie für eine Krankentagegeldversicherung des Beklagten in Höhe von täglich 10 DM hatte der Kläger zu zahlen. Eine Haftpflichtversicherung mußte der Beklagte selbst abschließen.

In dem Vertrag verpflichtete sich der Beklagte, Sprechstunden nur in den Praxisräumen des Klägers abzuhalten, insbesondere an den vertretungsfreien Tagen keine Kranken in seiner Wohnung zu behandeln. Krankenbesuche durfte der Beklagte nur an den Vertretungstagen machen, darüber hinaus nur im Auftrage des Klägers. Honorare für ausgeführte Behandlungen hatte er, soweit erforderlich, über die Praxis des Klägers zu verrechnen.

Des weiteren übernahm der Beklagte die Verpflichtung, während der Dauer der Vertretung und fünf Jahre lang nach einer Auflösung des Vertrages sich nicht in W [REDACTED] Ost niederzulassen. Der Kläger verpflichtete sich, bei einer Erkrankung ohne Zustimmung des Beklagten keinen anderen Vertreter zu nehmen und für den Fall seines Todes



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



den Beklagten gegen eine näher geregelte Beteiligung seiner Witwe an den Einnahmen mit der Weiterführung der Praxis zu beauftragen.

Am 29. Oktober 1954 stellte der Beklagte seine Tätigkeit für den Kläger ein. Er schrieb dem Kläger, er wisse nicht, ob er weiterhin für ihn arbeiten werde. Der Kläger erwiderte, er betrachte den Vertrag als vom Beklagten gekündigt und nehme die Kündigung an. Der Beklagte widersprach dem und erklärte, er halte es für das beste, wenn sie unter beiderseitigem Verzicht auf alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrag vom 1. August 1950 auseinandergehen. Der Kläger blieb bei seiner Ansicht, der Beklagte habe den Vertrag gekündigt, und wies auf das vertragliche Wettbewerbsverbot hin.

Am 10. November 1955 teilte der Beklagte dem Kläger mit, er werde in W [REDACTED]-Ost eine ärztliche Praxis eröffnen. Darauf erhob der Kläger Klage mit dem Antrag, dem Beklagten zu verbieten, bei Verletzung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe bis zum Ablauf des 31. Dezember 1959 in Wilhelmsburg-Ost eine ärztliche Praxis auszuüben.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Nach seiner Ansicht ist zwischen ihm und dem Kläger durch den Vertrag vom 1. August 1950 ein Arbeitsverhältnis begründet gewesen und deshalb das Arbeitsgericht zur Entscheidung über die Klage berufen. In der Sache hält er das fünfjährige Wettbewerbsverbot für sittenwidrig; allenfalls sei eine einjährige Sperrfrist zulässig; diese habe er eingehalten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte für den Fall, daß das Berufungsgericht ein dreijähriges Wettbewerbsverbot für vertretbar halte, Widerklage erhoben mit dem Antrag festzustellen,

daß er berechtigt sei, sich nach drei Jahren in W [REDACTED] Ost als Arzt niederzulassen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte weiter die Abweisung der Klage, hilfsweise verfolgt er das Ziel seiner Widerklage.

Der Kläger beantragt, die Revision des Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise die Sache an das zuständige Arbeitsgericht zu verweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich im Berufungsverfahren nicht mehr auf die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts berufen können, weil er vor dem Landgericht zur Hauptsache verhandelt habe, und deshalb bedürfe es keiner sachlichen Prüfung dieser prozeßhindernden Einrede, ist unzutreffend.

1.) Bei dem Verhältnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Arbeitsgerichtsbarkeit handelt es sich um die Frage der sachlichen Zuständigkeit im Sinne des § 274 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, nicht der Zulässigkeit des Rechtswegs für den geltend gemachten Anspruch (RGZ 158, 193; BGHZ 8, 16, 21; 16, 339, 345). Der Beklagte hat die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des Landgerichts erhoben, bevor in der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache verhandelt wurde (§ 274 Abs. 3 ZPO). Das ergibt sich aus seiner Klagebeantwortung vom 8. Dezember 1955, den Sitzungsniederschriften des Landgerichts vom 9. Februar und 19. April 1956 sowie dem landgerichtlichen Urteil vom 7. Juni 1956. Damit hatte er sich die rechtliche Möglichkeit offen gehalten, die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts auch im Berufungsverfahren einzuwenden. Das

folgt unmittelbar aus § 528 ZPO. Unerheblich ist es, daß der Beklagte, nachdem er die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit erhoben hatte, auch zur Hauptsache verhandelt hat. Dadurch, daß er keine abgesonderte Verhandlung über die prozeßhindernde Einrede beantragte (§ 275 Abs. 1 ZPO), sondern nach Erhebung der Einrede zur Hauptsache verhandelte, verlor er nicht das Recht, sich auch im Berufungsverfahren auf die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts zu berufen. Einem Beklagten, der sich gemäß § 274 ZPO das Recht gesichert hat, die Entscheidung über die Einrede der Unzuständigkeit des ordentlichen Gerichts zu verlangen, wird dieses Recht durch § 528 ZPO nicht genommen. § 528 ZPO betrifft nur die Fälle, in denen der Beklagte vor dem erstinstanzlichen Gericht die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit nicht wirksam erhoben hat (vgl. auch BGHZ 14; 72, 75). Das Berufungsgericht hätte daher, worauf die Revision mit Recht hinweist, das Einredenvorbringen des Beklagten sachlich prüfen müssen. Ebenso ist für das Revisionsgericht die Möglichkeit der Sachprüfung gegeben; denn § 528 ZPO gilt gemäß § 566 ZPO auch für das Revisionsverfahren.

2.) Die Einrede des Beklagten, das Arbeitsgericht sei zur Entscheidung über die Klage zuständig, ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen sachlich begründet.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG sind für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis und aus dessen Nachwirkungen ausschließlich die Arbeitsgerichte zuständig. Durch den Vertrag vom 1. August 1950 haben die Parteien ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Vorschrift begründet. Nach § 5 ArbGG gelten als Arbeitnehmer auch Personen, die, ohne Arbeiter oder Angestellter zu sein, wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind. Auch sie leisten in einem

freiwillig eingegangenen privatrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis für einen anderen Arbeit. Von den in einem freien Dienstverhältnis stehenden Personen unterscheiden sie sich durch ihre persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit und die Eingliederung in einen fremden Betrieb. Demgegenüber ist für das Dienstverhältnis der selbständig Tätigen ein größeres Maß der persönlichen Freiheit, Art und Weise der erforderlichen Arbeiten zu bestimmen und die Arbeitszeit selbst einzuteilen, entscheidend, ferner die eigene wirtschaftliche Verantwortung (BGHZ 10, 137, 190).

Der Beklagte hatte sich durch den Vertrag vom 1. August 1950 in ein persönliches und wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis zum Kläger begeben. Seine ärztliche Arbeitskraft hatte er weitgehend dem Kläger zur Verfügung zu stellen und nach dessen Weisungen einzusetzen. Wenn er auch zunächst nur zweimal wöchentlich für diesen die Sprechstunden abzuhalten hatte, so mußte er doch auch die an diesen Tagen anfallenden Tag- und Nachtbesuche bei Kranken ausführen. Darüber hinaus hatte er den Kläger auf Verlangen an weiteren Tagen zu vertreten sowie Krankenbesuche zu machen, und für die kommenden Jahre war - unter Erhöhung des ihm garantierten Mindestgehalts - eine ausgedehntere Beschäftigung vorgesehen. Daß der Beklagte nicht unter der Bezeichnung "Assistenzarzt", sondern "Vertreter" des Klägers tätig war, ist für die rechtliche Beurteilung seines Verhältnisses zum Kläger ohne Bedeutung. Die persönliche Abhängigkeit des Beklagten vom Kläger ergab sich aus den im einzelnen vertraglich übernommenen Pflichten. Ebenso ist es unerheblich, daß der Beklagte die Patienten nach eigener Entscheidung behandeln durfte. Diese Selbständigkeit entspricht dem Wesen der ärztlichen Tätigkeit. Sie ändert nichts daran, daß der Beklagte hinsichtlich der Arbeitszeit, der auszuführenden Krankenbesuche und auch im

inneren Betrieb der Praxis den Weisungen des Klägers unterlag. Im Übrigen bestand auch eine solche Weisungsfreiheit insoweit nicht, als er bereits in der Behandlung des Klägers befindliche Patienten weiter zu behandeln hatte.

Neben dieser persönlichen Bindung an den Kläger und dessen Praxis bestand auch die für das arbeitnehmerähnliche Verhältnis wesentliche wirtschaftliche Abhängigkeit vom Kläger. Da der Beklagte einerseits dem Kläger weitgehend in der Praxis zur Verfügung stehen mußte und er andererseits eine eigene ärztliche Tätigkeit weder in seiner Wohnung noch von dort aus ausserhalb derselben ausüben durfte, war er auf das ihm vom Kläger gezahlte Gehalt angewiesen. Daß er dabei nicht voll, sondern nur zeitweise eingesetzt war, ohne seine beruflichen Fähigkeiten weiter wirtschaftlich auszunutzen zu dürfen, hobt seine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Kläger besonders stark hervor. Schließlich spricht für seine wirtschaftliche Abhängigkeit auch der Umstand, daß der Kläger ihn für den Fall der Erkrankung versichert hatte.

3.) Da es sich nach alledem um eine Arbeitssache handelt, für die die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte begründet ist, der Beklagte auch die Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte wirksam gerügt hat, mußte das angefochtene Urteil und ebenso das landgerichtliche Urteil auf die Revision hin aufgehoben werden. Der Zurückverweisung an das Berufungsgericht bedurfte es nicht (RGZ 170, 226, 232; BGHZ 14, 72, 35). Der Rechtsstreit konnte vielmehr auf den in der Revisionsinstanz gestellten Hilfsantrag des Klägers hin zur weiteren Verhandlung und Entscheidung unmittelbar an das zuständige Arbeitsgericht in Hamburg verwiesen werden, das auch über die Kosten des ersten Rechtszugs zu entscheiden haben wird. Die Kosten der beiden Rechtsmittelszüge sind

bereits jetzt nach § 97 ZPO dem Kläger aufzuerlegen (BGHZ 11, 43, 57; 12, 52, 66; 14, 222, 231).

Scheffler

Rietschel

Dr. Winkelmann

Erbel

Meyer