

TE OGH 1978/9/5 40b77/78

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.09.1978

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekurs- und Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Lassmann als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzing, Dr. Friedl, Dr. Resch und Dr. Kuderna als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. M*, Primararzt, *, vertreten durch Dr. Theodor Veiter und Dr. Clement Achammer, Rechtsanwälte in Feldkirch, wider die beklagte Partei Land Vorarlberg, vertreten durch Dr. Hermann Follner, Rechtsanwalt in Feldkirch, wegen Feststellung, infolge Revision und Rekurses der beklagten Partei gegen das Urteil und den Beschluß des Landesgerichtes Feldkirch als Berufungsgerichtes in arbeitsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten vom 5. Juli 1978, GZ Cga 3/78-26, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeitsgerichtes Feldkirch vom 25. November 1977, GZ Cr 114/77-20, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

1) beschlossen:

Der Rekurs wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen;

2) durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Lassmann als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzing und Dr. Friedl sowie durch die Beisitzer Dr. Martin Mayr und Mag. Karl Dirschmied als weitere Richter zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 14.660,64 S (einschließlich 872,64 S Umsatzsteuer und 2.880,-- S Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger wurde mit Dienstvertrag vom 7. Dezember 1972 von der beklagten Partei ab 1. Jänner 1973 als Leiter des Institutes für Strahlenmedizin im Landesunfallkrankenhaus * angestellt. Mit Schreiben der beklagten Partei (Land Vorarlberg) vom 28. Februar 1977 hat sie das Dienstverhältnis zum 30. September 1977 gekündigt.

Der Kläger behauptet, daß keiner der vertraglich vorgesehenen Kündigungsgründe vorliege und die Kündigung daher unwirksam sei. Er begehrt die Feststellung, daß das Dienstverhältnis zwischen den Streitparteien fortbestehe (das weitere Begehren auf Unterlassung der Bestellung eines Primararztes für die Abteilung Röntgendiagnostik am Landesunfallkrankenhaus * und auf Beschäftigung des Klägers in dieser Eigenschaft ist nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens, da es bereits rechtskräftig abgewiesen wurde).

Die beklagte Partei machte dagegen geltend, daß der Kläger als alleiniger Leiter des Institutes für Strahlenmedizin angestellt worden sei, welches die Gruppen Radiodiagnostik, Nuklearmedizin und Strahlentherapie umfaßt habe. Infolge der fortgeschrittenen Spezifizierung dieser Fachgebiete sei die beklagte Partei gezwungen gewesen, eine Organisationsänderung in der Weise zu beschließen, daß das Institut für Strahlenmedizin zur Gänze aufgelöst und anstelle dieses Institutes selbständige Primariate für Radiodiagnostik, Strahlentherapie und Nuklearmedizin neu gebildet wurden. Damit sei die bisherige Tätigkeit des Klägers als Leiter des Gesamtinstitutes für Strahlenmedizin weggefallen und habe sich auch die Grundlage der bisherigen Honorarvereinbarung völlig geändert. Das Dienstverhältnis könne demnach nicht mehr weiter aufrecht erhalten werden, vielmehr sei der vertraglich vereinbarte Kündigungsgrund nach Punkt VI lit f des Dienstvertrages gegeben. Die beklagte Partei machte dagegen geltend, daß der Kläger als alleiniger Leiter des Institutes für Strahlenmedizin angestellt worden sei, welches die Gruppen Radiodiagnostik, Nuklearmedizin und Strahlentherapie umfaßt habe. Infolge der fortgeschrittenen Spezifizierung dieser Fachgebiete sei die beklagte Partei gezwungen gewesen, eine Organisationsänderung in der Weise zu beschließen, daß das Institut für Strahlenmedizin zur Gänze aufgelöst und anstelle dieses Institutes selbständige Primariate für Radiodiagnostik, Strahlentherapie und Nuklearmedizin neu gebildet wurden. Damit sei die bisherige Tätigkeit des Klägers als Leiter des Gesamtinstitutes für Strahlenmedizin weggefallen und habe sich auch die Grundlage der bisherigen Honorarvereinbarung völlig geändert. Das Dienstverhältnis könne demnach nicht mehr weiter aufrecht erhalten werden, vielmehr sei der vertraglich vereinbarte Kündigungsgrund nach Punkt römisch sechs Litera f, des Dienstvertrages gegeben.

Zur Unterstützung dieser Kündigung und als zusätzliche Kündigungsgründe hat die Beklagte weiter geltend gemacht:

Der Kläger habe den Erlös aus dem Verkauf von anstaltseigenem Altblei in der Höhe von 4.000,-- S nicht abgeführt, sondern ohne Wissen der Beklagten auf ein von ihm eröffnetes Sonderkonto einbezahlt.

Ohne Zustimmung des Anstaltsträgers habe der Kläger medizinische Instrumente des Landesunfallkrankenhauses in seiner Privatpraxis verwendet.

Einen landeseigenen Bucky-Tisch habe er in seiner Privatpraxis aufstellen lassen.

Rechnungen über an ihn gelieferte Kopfhörer seien über sein Verlangen von der Lieferfirma an das Landesunfallkrankenhaus gestellt worden.

Das Erstgericht gab dem Feststellungsbegehren statt. Es stellte im wesentlichen fest:

Nach dem Dienstvertrag wurde dem Kläger die Leitung des Institutes für Strahlenmedizin am Landesunfallkrankenhaus * übertragen, wozu auch die Tätigkeit als Konsiliararzt im Landesnervenkrankenhaus V*, im Landeslungenkrankenhaus G* und im Krankenhaus der Stadt * gehörte. Das monatliche Honorar des Klägers betrug 28.000,-- S. Dieser Betrag setzte sich zusammen aus dem Grundgehalt – wie bei jedem Primararzt in der Höhe von 16.000,-- S – und 12.000,-- S als pauschale Abgeltung der Tätigkeit des Klägers als Konsiliararzt im Krankenhaus der Stadt *. Im Gegensatz zum Kläger stellten die übrigen Primärärzte im LUKH * ihre Konsiliararztstätigkeit direkt dem Krankenhaus der Stadt * in Rechnung.

Gemäß Punkt VI des Dienstvertrages konnte er nach einjähriger Dauer des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber nur unter Angabe eines Grundes gekündigt werden. Als „ein solcher Grund, der den Dienstgeber zur Kündigung berechtigt“, wurde insbesondere angeführt: „?) wenn der Bedienstete seine Dienstpflicht gröblich verletzt, sofern nicht die Entlassung in Frage kommt...“ „?) wenn sich erweist, daß das gegenwärtige oder frühere Verhalten des Bediensteten dem Ansehen oder den Interessen des Dienstes abträglich ist, sofern nicht die Entlassung in Frage kommt“ „f) wenn eine Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen die Kündigung notwendig macht, es sei denn. ...“ Gemäß Punkt römisch sechs des Dienstvertrages konnte er nach einjähriger Dauer des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber nur unter Angabe eines Grundes gekündigt werden. Als „ein solcher Grund, der den Dienstgeber zur Kündigung berechtigt“, wurde insbesondere angeführt: „?) wenn der Bedienstete seine Dienstpflicht gröblich verletzt, sofern nicht die Entlassung in Frage kommt...“ „?) wenn sich erweist, daß das gegenwärtige oder frühere Verhalten des Bediensteten dem Ansehen oder den Interessen des Dienstes abträglich ist, sofern nicht die Entlassung in Frage kommt“ „f) wenn eine Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen die Kündigung notwendig macht, es sei denn. ...“

Das Institut für Strahlenmedizin umfaßte die Fachgebiete Radiodiagnostik, Nuklearmedizin und Strahlentherapie. Es

handelt sich hierbei um 3 Fachbereiche, die in enger Berührung und medizinischer Wechselwirkung zueinander stehen. In den ersten Monaten war der Kläger der einzige Facharzt am Institut. Er betrieb zunächst nur die Radiodiagnostik. Dies blieb auch in der Folge der Schwerpunkt seiner Tätigkeit. Es ist keinem Radiologen zumutbar, die moderne Röntgendiagnostik, die Strahlentherapie und die Nuklearmedizin fachlich zu beherrschen. Mit 1. November 1976 wurde Dr. B* angestellt und als Oberarzt mit der Leitung der Abteilung für Strahlentherapie im Rahmen des Institutes für Strahlenmedizin betraut. Die Abteilung Strahlentherapie wurde damit verselbständigt. Dr. B* erlangte eine Sonderstellung. Er war dem Kläger gleichgestellt, seinen Weisungen weder in fachlicher noch in personeller Hinsicht unterworfen. Ab Juni 1976 wurden dem Kläger aus der Abteilung Strahlentherapie keine Privathonorare mehr ausbezahlt, womit er einverstanden war.

Die Nuklearmedizin betrieb der Kläger zunächst ab August 1973 selbständig. Mit 1. November 1974 wurde der aus England stammende Dr. P* für dieses Fachgebiet eingestellt. Gemäß seinem Wunsche wurde eine völlig selbständige Abteilung für Nuklearmedizin geschaffen und ihm deren Leitung übertragen. Dr. P* war einem Primararzt gleichgestellt.

Die Vorarlberger Landesregierung beschloß am 30. November 1976, das Institut für Strahlenmedizin im Landesunfallkrankenhaus * als einheitliches Institut aufzulösen und statt dessen drei selbständige Abteilungen, nämlich eine Abteilung für Radiodiagnostik, eine Abteilung für Strahlentherapie und eine Abteilung Nuklearmedizin zu bilden. Dadurch änderte sich am Aufgabenbereich des Klägers nichts. Er leitete weiterhin wie schon zuvor die Abteilung für Röntgendiagnostik, auf welchem Gebiet von vornherein der Schwerpunkt der Tätigkeit des Klägers lag.

Zum Altbleiverkauf:

In der nuklearmedizinischen Abteilung fällt Altblei als Verpackungsmaterial für nukleare Substanzen an. Dieses Altblei wurde seit Inbetriebnahme der Nuklearmedizin über Veranlassung des Klägers gesammelt. Es wurde teilweise im Zentralröntgeninstitut verwendet, im übrigen im Klimaraum gelagert.

Gemäß § 16 der, allerdings erst ab 1. Jänner 1976 geltenden, Inventarisierungsrichtlinien betreffen die Führung des beweglichen Inventars des Landes Vorarlberg und die Materialverwaltung bei den Landesdienststellen sind unbrauchbare Materialien von der Materialverwaltung oder Inventurkommission in Zusammenarbeit mit den Verbrauchsstellen festzustellen und als solche zu kennzeichnen. Soweit das Altmaterial nicht mehr verwertbar ist, ist es an den Meistbietenden zu veräußern. Gemäß Paragraph 16, der, allerdings erst ab 1. Jänner 1976 geltenden, Inventarisierungsrichtlinien betreffen die Führung des beweglichen Inventars des Landes Vorarlberg und die Materialverwaltung bei den Landesdienststellen sind unbrauchbare Materialien von der Materialverwaltung oder Inventurkommission in Zusammenarbeit mit den Verbrauchsstellen festzustellen und als solche zu kennzeichnen. Soweit das Altmaterial nicht mehr verwertbar ist, ist es an den Meistbietenden zu veräußern.

Vor dem 1. Jänner 1976 waren im Landesunfallkrankenhaus * keine Inventarisierungsrichtlinien bekannt; es haben sich lediglich hausintern gewisse Übungen entwickelt.

Als die Firma W* im Frühjahr 1975 im Kobaltraum eine Bleischutzplatte einzugießen hatte, benötigte sie Altblei und ersuchte den gerade dort anwesenden Physiker Dipl.-Ing. Dr. E* um die Überlassung des im Klimaraum gelagerten Altbleis. Nachdem Dipl.-Ing. Dr. E* die Zustimmung des mit einer ärztlichen Untersuchung beschäftigten Klägers eingeholt hatte, verkaufte er das Altblei um 10,- S pro kg an die Firma W*; es handelte sich um 400 kg Altblei. Die Firma W* stellte ihre Leistungen einschließlich des Preises für das Altblei von 4.000,- S dem Landesunfallkrankenhaus * in Rechnung und übergab diesen Betrag von 4.000,- S am 1. April 1975 Dipl.-Ing. Dr. E*. Der Kläger beauftragte seine Sekretärin S*, bei der im Landesunfallkrankenhaus * eingerichteten Filiale der Hypothekenbank des Landes Vorarlberg ein Sparbuch unter der Bezeichnung „Wissenschaft und Forschung“ anzulegen und darauf die 4.000,- S einzubezahlen. S* führte diesen Auftrag durch und nahm das Sparbuch in Verwahrung. Der jeweilige Inhaber des Sparbuches war verfügbarsberechtigt.

Im Dezember 1976 erteilte der Kläger seiner Sekretärin S* den Auftrag, das Sparbuch bei der bezeichneten Bankfiliale zu deponieren.

Die Verwaltung des Landesunfallkrankenhauses wurde vom Kläger über diese Vorgänge nicht in Kenntnis gesetzt. Andererseits hat der Kläger aber auch nicht versucht, diese Maßnahme zu verheimlichen.

Am 18. Februar 1977 hat S* aus eigenen Stücken diesen Sachverhalt dem Amte der Vorarlberger Landesregierung mitgeteilt und das Sparbuch übergeben. Der Einlagestand betrug einschließlich Zinszuschreibungen 4. 348,70 S.

Der Kläger hatte nie die Absicht, sich durch diese Vorgänge zu bereichern oder das Land Vorarlberg zu schädigen. Nach seinen Vorstellungen sollten mit diesem Sparguthaben Anschaffungen im Institut, die Vorbereitung von Vorträgen und die berufliche Weiterbildung des Institutspersonales finanziert werden.

Zur Verwendung anstaltseigener Instrumente durch den Kläger in seiner Privatpraxis:

Der Kläger hat in 3 bis 5 Fällen das anstaltseigene HSG-Besteck zur Durchführung gynäkologischer Untersuchungen in seiner Privatpraxis verwendet und brachte es dann jeweils zum Reinigen und Sterilisieren in das Institut für Strahlenmedizin zurück.

Der Kläger hat das anstaltseigene HSG-Besteck deshalb für seine Privatpraxis in den erwähnten Fällen verwendet, weil sein eigenes Instrument infolge eines Defektes nicht brauchbar war.

Der Verwaltungsdirektor Dr. B* ersuchte den Kläger mit Schreiben vom 10. März 1976, keine anstaltseigenen Instrumente ohne Zustimmung des Rechtsträgers in seiner Praxis zu verwenden, woran sich der Kläger auch in der Folge gehalten hat.

Zum Fall Bucky-Tisch:

im Zuge der apparativen Einrichtung des Institutes für Strahlenmedizin wurde vom Landesunfallkrankenhaus im Jahre 1970 ein sogenannter Bucky-Tisch von der Firma S*-AG. angeschafft und in der nuklearmedizinischen Abteilung installiert.

In der Folge erwies sich der Bucky-Tisch wegen der Anschaffung einer Gammakamera als überflüssig, wurde abmontiert und auf dem Gang abgestellt. Der Kläger informierte hierüber die Verwaltung und bemühte sich um die Rücknahme des Tisches seitens der Lieferfirma. Die Firma S* erklärte sich nach weiteren Verhandlungen mit der Verwaltung des Landesunfallkrankenhauses * bereit, den um den Neupreis von 37.000,-- S angeschafften Bucky-Tisch um 15.000,-- S zurückzunehmen. Dieses Anbot wurde von der Verwaltung mit Schreiben vom 18. Juni 1975 angenommen. Am 7. August 1975 erteilte die Firma S* AG. dem LUKH * eine Gutschrift über 15.000,-- S zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer.

Der Kläger hatte in seiner Privatpraxis eine Verwendungsmöglichkeit für den Bucky-Tisch. Er kaufte den von der Lieferfirma zurückgenommenen Tisch von der Firma S* AG. um denselben Preis von 15.000,-- S zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer. Ein direkter Kauf des Klägers vom LUKH * unterblieb, damit sich der Kläger gegenüber der Firma S* AG. allfällige Gewährleistungsansprüche wahrt.

Am 23. Juni 1975 wurde der Bucky-Tisch von der Speditionsfirma im Zentralröntgeninstitut abgeholt und im Juli oder August 1975 in die Privatpraxis des Klägers gebracht. Der Kaufpreis von 15.000,-- S zuzüglich Mehrwertsteuer wurde dem Kläger von der Firma S* AG mit Faktura vom 14. November 1975 in Rechnung gestellt.

Zum Fall Kopfhörer:

Im Jahre 1975 bestellte der Kläger bei der Firma W* in F* für das Zentralröntgeninstitut 3 Kopfhörer der Marke Philips zum Preise von 885,-- S. Infolge eines Irrtums der Firma W* wurden die Kopfhörer statt in das Zentralröntgeninstitut in die Privatordination des Klägers geliefert.

Die Rechnungstellung erfolgte an das Landesunfallkrankenhaus *. Die Verwaltung des Landesunfallkrankenhauses * stellte die Rechnung an die Lieferfirma zurück, weil die Kopfhörer im Zentralröntgeninstitut nicht vorgefunden wurden und der Lieferschein auch nicht auf das Landesunfallkrankenhaus *, sondern auf den Kläger lautete.

Der Kläger fand die Kopfhörer originalverpackt zufällig in einer Schreibtischschublade seiner Privatpraxis, mit deren Einrichtung er damals beschäftigt war. Die Lieferfirma nahm die Kopfhörer zurück und stornierte die Rechnung.

Es handelte sich um Kopfhörer der Marke Philips. Im Institut für Strahlenmedizin wurde ein Philips-Diktiersystem verwendet, wogegen der Kläger in seiner Privatordination eine IBM-Diktieranlage in Betrieb hatte.

Rechtlich war das Erstgericht der Auffassung, der Kündigungstatbestand nach Punkt VI. lit f) des Dienstvertrages wegen Änderung der Organisation sei nicht hergestellt. Hierbei könne es sich nur um Maßnahmen handeln, die eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses für den Dienstgeber unzumutbar erscheinen lassen. Dies treffe dann zu, wenn die

Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers aus wirtschaftlicher Sicht unvermeidbar erscheine, seine Tätigkeit für den Dienstgeber überflüssig sei. Der herangezogene Kündigungsgrund stimme mit der gesetzlichen Regelung des § 32 Abs 2 lit g) VBG wörtlich überein; in der hierzu ergangenen Rechtsprechung werde besonders Wert darauf gelegt, daß durch eine Änderung der Organisation Arbeitskräfte eingespart werden. Aber gerade dies treffe im vorliegenden Fall keineswegs zu. Die bisherige Tätigkeit des Klägers mit dem Schwerpunkt auf dem Gebiete der Röntgendiagnostik sei durch die Auflösung des Institutes für Strahlenmedizin nicht entbehrlich geworden. Die Aufgaben des aufgelösten Institutes müßten nunmehr von 3 selbständigen Abteilungen (Primariaten) wahrgenommen werden. Das Fachgebiet der Röntgendiagnostik sei gemäß dem Regierungsbeschluß vom 30. November 1976 zu einem selbständigen Primariat erhoben worden. Die Agenden des Primararztes für diese Abteilung würden sich demnach mit dem vom Kläger bisher wahrgenommenen Aufgabengebiet decken, ausgenommen die supplyierende Leitung der nuklearmedizinischen Abteilung. Rechtlich war das Erstgericht der Auffassung, der Kündigungstatbestand nach Punkt römisch sechs. Litera f,) des Dienstvertrages wegen Änderung der Organisation sei nicht hergestellt. Hierbei könne es sich nur um Maßnahmen handeln, die eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses für den Dienstgeber unzumutbar erscheinen lassen. Dies treffe dann zu, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers aus wirtschaftlicher Sicht unvermeidbar erscheine, seine Tätigkeit für den Dienstgeber überflüssig sei. Der herangezogene Kündigungsgrund stimme mit der gesetzlichen Regelung des Paragraph 32, Absatz 2, Litera g,) VBG wörtlich überein; in der hierzu ergangenen Rechtsprechung werde besonders Wert darauf gelegt, daß durch eine Änderung der Organisation Arbeitskräfte eingespart werden. Aber gerade dies treffe im vorliegenden Fall keineswegs zu. Die bisherige Tätigkeit des Klägers mit dem Schwerpunkt auf dem Gebiete der Röntgendiagnostik sei durch die Auflösung des Institutes für Strahlenmedizin nicht entbehrlich geworden. Die Aufgaben des aufgelösten Institutes müßten nunmehr von 3 selbständigen Abteilungen (Primariaten) wahrgenommen werden. Das Fachgebiet der Röntgendiagnostik sei gemäß dem Regierungsbeschluß vom 30. November 1976 zu einem selbständigen Primariat erhoben worden. Die Agenden des Primararztes für diese Abteilung würden sich demnach mit dem vom Kläger bisher wahrgenommenen Aufgabengebiet decken, ausgenommen die supplyierende Leitung der nuklearmedizinischen Abteilung.

Abgesehen davon habe bereits vor dem Regierungsbeschluß vom 30. November 1976 die Gesamtleitungsbefugnis des Klägers als Institutsvorstand gar nicht mehr bestanden. Es sei bereits zuvor zu einer faktischen Aufgliederung des Institutes für Strahlenmedizin und zur Schaffung von selbständigen Abteilungen für Strahlentherapie und Nuklearmedizin gekommen, wodurch das ursprünglich mit dem Kläger vereinbarte Tätigkeitsgebiet auf die Führung der Abteilung Radiodiagnostik beschränkt worden sei. Dies bedeute die schlüssige Änderung des Dienstvertrages vom 7. Dezember 1972, und zwar sowohl in bezug auf das Tätigkeitsgebiet des Klägers als auch auf die Honorierung seiner Arbeit. Gemäß der konkludenten Vertragsänderung habe der Kläger zum Zeitpunkt des Regierungsbeschlusses vom 30. November 1976 und auch zum Zeitpunkt der Kündigung vom 28. Februar 1977 nur mehr die Leitung der Abteilung für Röntgendiagnostik innegehabt. Die Kündigung könne daher nicht auf den Entfall der Gesamtleitungsbefugnis des Klägers als Institutsvorstand gestützt werden.

Aber selbst wenn man davon ausginge, daß eine Verselbständigung der Abteilungen für Strahlentherapie und Nuklearmedizin vor dem 30. November 1976 noch nicht erfolgt war und daß zu diesem Zeitpunkt noch die Gesamtleitungsbefugnis des Klägers bestand, ändere dies nichts daran, daß der beklagten Partei die Weiterverwendung des Klägers zumutbar gewesen sei. Auf die Bezeichnung des Klägers als Vorstand des Institutes für Strahlenmedizin komme es nicht an, sondern vielmehr ausschließlich auf den Inhalt der von ihm ausgeübten Tätigkeit.

Die Behauptung der beklagten Partei, der Kläger habe wegen seines umfassenden Aufgabengebietes als Institutsleiter ein höheres Gehalt bezogen als die übrigen Primärärzte, sei durch das Beweisverfahren widerlegt. Der Kläger habe lediglich wegen seiner Tätigkeit als Konsiliararzt des Krankenhauses der Stadt * eine zusätzliche Entlohnung erhalten.

Die Vorgangsweise des Klägers betreffend den Erlös aus dem Verkauf des Altbleis sei zwar ungewöhnlich, jedoch nicht als eine grobliche Dienstverletzung oder als dem Ansehen des Dienstes abträglich zu qualifizieren.

Die Fälle Kopfhörer, Bucky-Tisch und Verwendung anstaltseigener Instrumente könnten deshalb nicht mehr als Kündigungsgründe geltend gemacht werden, weil sie der Beklagten bereits geraume Zeit vor der Kündigung des Klägers bekannt waren. Da keiner der von der beklagten Partei angezogenen Kündigungsgründe vorliege, kämen diese Sachverhalte auch nicht zur Stützung eines anderen Kündigungsgrundes in Betracht.

Das Begehren des Klägers auf Feststellung, daß das zwischen den Parteien begründete Dienstverhältnis trotz der Kündigungen vom 9. Dezember 1976 und 28. Februar 1977 ungekündigt fortbestehe, erweise sich demnach als gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht verwarf die Berufung, soweit sie Nichtigkeit geltend machte – der Nichtigkeitsgrund wurde darin gesehen, daß das Erstgericht nicht gehörig besetzt gewesen sei, weil der als Beisitzer aus dem Kreise der Unternehmer beigezogene Dr. Teufel als Angestellter einer Textilfirma in Wahrheit dem Kreis der Beschäftigten angehört habe – und gab ihr im übrigen nach Neudurchführung des Verfahrens gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ArbGerGes. (abgesehen von einer teilweisen Abänderung im Kostenpunkt) nicht Folge. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschied, 30.000,-- S übersteigt. Das Berufungsgericht verwarf die Berufung, soweit sie Nichtigkeit geltend machte – der Nichtigkeitsgrund wurde darin gesehen, daß das Erstgericht nicht gehörig besetzt gewesen sei, weil der als Beisitzer aus dem Kreise der Unternehmer beigezogene Dr. Teufel als Angestellter einer Textilfirma in Wahrheit dem Kreis der Beschäftigten angehört habe – und gab ihr im übrigen nach Neudurchführung des Verfahrens gemäß Paragraph 25, Absatz eins, Ziffer 3, ArbGerGes. (abgesehen von einer teilweisen Abänderung im Kostenpunkt) nicht Folge. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschied, 30.000,-- S übersteigt.

Das Berufungsgericht teilte die Auffassung des Erstgerichtes, daß unabhängig von der Frage, ob schon vor dem Beschluß der Vorarlberger Landesregierung vom 30. November 1976 über die Auflösung des Institutes für Strahlenmedizin und die Bildung von 3 selbständigen Abteilungen (für Strahlentherapie, Radiodiagnostik und Nuklearmedizin) eine faktische Änderung in der ärztlichen Aufgabenverteilung und der Stellung des Klägers als Primararzt und Institutsleiter eingetreten war oder nicht, der erwähnte Beschluß der beklagten Partei, betreffend die Organisationsänderung den vertraglich vereinbarten Kündigungsgrund nach Punkt VI lit f) des Dienstvertrages vom 7. Dezember 1972 nicht herzustellen vermöge, demzufolge ein Grund, der den Dienstgeber zur Kündigung berechtigt, vorliegt, wenn eine Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation, des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen die Kündigung notwendig macht. Das Berufungsgericht teilte die Auffassung des Erstgerichtes, daß unabhängig von der Frage, ob schon vor dem Beschluß der Vorarlberger Landesregierung vom 30. November 1976 über die Auflösung des Institutes für Strahlenmedizin und die Bildung von 3 selbständigen Abteilungen (für Strahlentherapie, Radiodiagnostik und Nuklearmedizin) eine faktische Änderung in der ärztlichen Aufgabenverteilung und der Stellung des Klägers als Primararzt und Institutsleiter eingetreten war oder nicht, der erwähnte Beschluß der beklagten Partei, betreffend die Organisationsänderung den vertraglich vereinbarten Kündigungsgrund nach Punkt römisch sechs Litera f,) des Dienstvertrages vom 7. Dezember 1972 nicht herzustellen vermöge, demzufolge ein Grund, der den Dienstgeber zur Kündigung berechtigt, vorliegt, wenn eine Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation, des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen die Kündigung notwendig macht.

Der angegebene Kündigungsgrund setze gemäß dem Sinngehalt dieses Tatbestandes voraus, daß durch die Auflösung des Institutes für Strahlenmedizin, dessen Leiter der Kläger war, die vom Kläger bislang besorgten Aufgaben wegfallen, die Arbeit des Klägers entbehrlich wird, seine Arbeitskraft also eingespart werden kann und der Beklagten eine Weiterbeschäftigung des Klägers wirtschaftlich nicht mehr zumutbar sei. Der Kläger sei aber in der Lage und bereit, die Leitung einer der drei neu geschaffenen Abteilungen zu übernehmen. Das Erstgericht habe daher mit Recht die Erfüllung des Kündigungstatbestandes nach Punkt VI lit f) des Dienstvertrages (Organisationsänderung) verneint. Es habe aber auch in den von der beklagten Partei gegen den Kläger erhobenen Vorwürfen mit Recht keinen Kündigungsgrund nach den Bestimmungen des Dienstvertrages gesehen. Die Verfügung des Klägers über den Erlös aus dem Verkauf von Altblei (4.000,--S) sei zwar nicht korrekt gewesen, weil das Verfügungsrecht dem Dienstgeber und nicht dem Kläger zugestanden wäre, könne aber wegen des uneigennützigen und sachlich anerkennenswerten Motivs des Klägers weder als gröbliche Dienstpflichtverletzung noch als ein Verhalten beurteilt werden, das dem Ansehen oder den Interessen des Dienstes abträglich ist. Im übrigen schloß sich das Berufungsgericht der Beurteilung dieser Vorwürfe durch das Erstgericht an. Es kam daher zum Ergebnis, daß dem Feststellungsbegehren, das zulässig gewesen sei, mit Recht stattgegeben worden sei, da bei einer vertraglichen Kündigungsbeschränkung eine Kündigung ohne ausreichenden Grund das Dienstverhältnis nicht beende. Der angegebene Kündigungsgrund setze gemäß dem Sinngehalt dieses Tatbestandes voraus, daß durch die Auflösung des Institutes für Strahlenmedizin, dessen Leiter der Kläger war, die vom Kläger bislang besorgten Aufgaben wegfallen, die Arbeit des Klägers entbehrlich wird, seine Arbeitskraft also eingespart werden kann und der Beklagten eine Weiterbeschäftigung des Klägers wirtschaftlich nicht mehr zumutbar sei. Der Kläger sei aber in der Lage und bereit, die Leitung einer der drei neu geschaffenen

Abteilungen zu übernehmen. Das Erstgericht habe daher mit Recht die Erfüllung des Kündigungstatbestandes nach Punkt römisch sechs Litera f,) des Dienstvertrages (Organisationsänderung) verneint. Es habe aber auch in den von der beklagten Partei gegen den Kläger erhobenen Vorwürfen mit Recht keinen Kündigungsgrund nach den Bestimmungen des Dienstvertrages gesehen. Die Verfügung des Klägers über den Erlös aus dem Verkauf von Altblei (4.000,--S) sei zwar nicht korrekt gewesen, weil das Verfügungsrecht dem Dienstgeber und nicht dem Kläger zugestanden wäre, könne aber wegen des uneigennütigen und sachlich anerkennenswerten Motivs des Klägers weder als gröbliche Dienstpflichtverletzung noch als ein Verhalten beurteilt werden, das dem Ansehen oder den Interessen des Dienstes abträglich ist. Im übrigen schloß sich das Berufungsgericht der Beurteilung dieser Vorwürfe durch das Erstgericht an. Es kam daher zum Ergebnis, daß dem Feststellungsbegehren, das zulässig gewesen sei, mit Recht stattgegeben worden sei, da bei einer vertraglichen Kündigungsbeschränkung eine Kündigung ohne ausreichenden Grund das Dienstverhältnis nicht beende.

Die Beklagte bekämpft den Beschluß des Berufungsgerichtes mit Revisionsrekurs (richtig:Rekurs) und das Urteil des Berufungsgerichtes mit Revision wegen Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Sie beantragt, in Stattgebung des Rekurses das bisherige Verfahren als nichtig aufzuheben und die Klage ab- bzw zurückzuweisen bzw zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Prozeßgericht erster Instanz oder an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Mit der Revision begehrt die beklagte Partei eine Abänderung des angefochtenen Urteiles im Sinne einer (vollständigen) Abweisung des Klagebegehrens oder Aufhebung der Urteile der Untergerichte und Rückverweisung der Rechtssache an das Prozeßgericht erster Instanz oder an das Berufungsgericht zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung.

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Zu 1.) Der Rekurs ist unzulässig.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist ein Beschluß des Berufungsgerichtes, womit eine Nichtigkeitsberufung nach einer sachlichen Prüfung verworfen wurde, unanfechtbar. Dies gilt auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren, weil ein Beschluß, mit dem über eine wegen Nichtigkeit erhobene Berufung entschieden wird, nicht in der Berufungsverhandlung, sondern in nichtöffentlicher Sitzung in der hiefür vorgesehenen Gerichtsbesetzung mit drei Berufsrichtern zu fällen und ausschließlich nach den für die ordentlichen Gerichte geltenden Verfahrensvorschriften zu beurteilen ist (§§ 23, 25 Abs 1 Z 3 erster Halbsatz ArbGerGes, ArbSlg 9576 mwN). Der Rekurs der beklagten Partei war daher zurückzuweisen. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist ein Beschluß des Berufungsgerichtes, womit eine Nichtigkeitsberufung nach einer sachlichen Prüfung verworfen wurde, unanfechtbar. Dies gilt auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren, weil ein Beschluß, mit dem über eine wegen Nichtigkeit erhobene Berufung entschieden wird, nicht in der Berufungsverhandlung, sondern in nichtöffentlicher Sitzung in der hiefür vorgesehenen Gerichtsbesetzung mit drei Berufsrichtern zu fällen und ausschließlich nach den für die ordentlichen Gerichte geltenden Verfahrensvorschriften zu beurteilen ist (Paragraphen 23, 25, Absatz eins, Ziffer 3, erster Halbsatz ArbGerGes, ArbSlg 9576 mwN). Der Rekurs der beklagten Partei war daher zurückzuweisen.

Zu 2.) Die Revision ist nicht berechtigt.

Die Untergerichte sind mit Recht davon ausgegangen, daß ein vertraglicher Ausschluß der freien Kündbarkeit eines Dienstverhältnisses dem Dienstnehmer eine ähnliche Stellung einräumt wie ein gesetzlicher Kündigungs- oder Entlassungsschutz und daher eine ungerechtfertigte Entlassung oder eine vertragswidrige Kündigung das Dienstverhältnis nicht beendet (ArbSlg 7940, 8732, 9424, ZAS 1978/1 ua, zuletzt etwa 4 Ob 61/78). Behauptet somit der Dienstnehmer, der Dienstgeber habe trotz vereinbartem Ausschluß der freien Kündbarkeit ohne Vorliegen eines ausreichenden Grundes die Auflösung des Dienstverhältnisses erklärt, kann zwar nicht die Feststellung der Unwirksamkeit der Auflösungserklärung (Kündigung), wohl aber die Feststellung des Fortbestandes des Dienstverhältnisses begehrt werden, wenn auch bereits fällig gewordene Bezüge eingeklagt werden können, aber noch nicht alle Ansprüche aus dem Bestand des Dienstverhältnisses bereits geltend gemacht werden können, somit das Leistungsbegehren nicht all das bietet, was mit dem Feststellungsbegehren angestrebt wird (Fasching ZP III 60 f., 70, SZ 23/64, ArbSlg 9193 ua). Die Untergerichte sind mit Recht davon ausgegangen, daß ein vertraglicher Ausschluß der freien Kündbarkeit eines Dienstverhältnisses dem Dienstnehmer eine ähnliche Stellung einräumt wie ein gesetzlicher

Kündigungs- oder Entlassungsschutz und daher eine ungerechtfertigte Entlassung oder eine vertragswidrige Kündigung das Dienstverhältnis nicht beendet (ArbSlg 7940, 8732, 9424, ZAS 1978/1 ua, zuletzt etwa 4 Ob 61/78). Behauptet somit der Dienstnehmer, der Dienstgeber habe trotz vereinbartem Ausschluß der freien Kündbarkeit ohne Vorliegen eines ausreichenden Grundes die Auflösung des Dienstverhältnisses erklärt, kann zwar nicht die Feststellung der Unwirksamkeit der Auflösungserklärung (Kündigung), wohl aber die Feststellung des Fortbestandes des Dienstverhältnisses begehrt werden, wenn auch bereits fällig gewordene Bezüge eingeklagt werden können, aber noch nicht alle Ansprüche aus dem Bestand des Dienstverhältnisses bereits geltend gemacht werden können, somit das Leistungsbegehren nicht all das bietet, was mit dem Feststellungsbegehren angestrebt wird (Fasching ZP römisch drei 60 f., 70, SZ 23/64, ArbSlg 9193 ua).

Da im vorliegenden Fall zwischen den Streitteilen die freie Kündbarkeit des Dienstverhältnisses (nach einjähriger Dauer) ausgeschlossen war, ist somit entscheidend, ob einer der von der beklagten Partei geltend gemachten Kündigungsgründe tatsächlich vorlag.

Die beklagte Partei berief sich zunächst darauf, daß der Kündigungstatbestand nach Punkt VI lit f) des Dienstvertrages erfüllt sei, wonach das Dienstverhältnis vom Dienstgeber gekündigt werden kann, wenn eine Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen die Kündigung notwendig macht. Die beklagte Partei berief sich zunächst darauf, daß der Kündigungstatbestand nach Punkt römisch sechs Litera f,) des Dienstvertrages erfüllt sei, wonach das Dienstverhältnis vom Dienstgeber gekündigt werden kann, wenn eine Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen die Kündigung notwendig macht.

Mit Recht verwiesen die Untergerichte darauf, daß der Wortlaut dieser Vertragsbestimmung dem der Bestimmung des § 32 Abs 2 lit g) Vertragsbedienstetengesetz entspricht. Es wurden daher mit Recht auch die Grundsätze über die Auslegung dieser Bestimmung zur Beurteilung der Frage herangezogen, ob der Kündigungstatbestand erfüllt ist. Mit Recht verwiesen die Untergerichte darauf, daß der Wortlaut dieser Vertragsbestimmung dem der Bestimmung des Paragraph 32, Absatz 2, Litera g,) Vertragsbedienstetengesetz entspricht. Es wurden daher mit Recht auch die Grundsätze über die Auslegung dieser Bestimmung zur Beurteilung der Frage herangezogen, ob der Kündigungstatbestand erfüllt ist.

Darnach ist wesentlich, daß die Änderung der Organisation des Dienstes die Kündigung des Dienstnehmers „notwendig“ macht. Eine Änderung der Organisation allein erfüllt daher den Kündigungstatbestand noch nicht. Es müssen vielmehr organisatorische Maßnahmen vorliegen, welche die Kündigung des betreffenden Dienstnehmers notwendig nach sich ziehen. Das ist etwa der Fall, wenn eine Abteilung aufgelassen wird oder wenn Abteilungen zusammengelegt werden, wenn die bisher vom betreffenden Dienstnehmer erledigte Arbeit anderen übertragen wird (ArbSlg 6098, 6565, 7131), nicht aber, wenn die vom betreffenden Dienstnehmer bisher ausgeübte Tätigkeit nach wie vor erforderlich ist und geleistet werden muß (ArbSlg 8760). Durch die Kündigungsmöglichkeit nach § 32 Abs 2 lit g VBG soll lediglich verhindert werden, daß überflüssig gewordene Dienstnehmer weiter im Dienst belassen werden müssen (ArbSlg 6505). Darnach ist wesentlich, daß die Änderung der Organisation des Dienstes die Kündigung des Dienstnehmers „notwendig“ macht. Eine Änderung der Organisation allein erfüllt daher den Kündigungstatbestand noch nicht. Es müssen vielmehr organisatorische Maßnahmen vorliegen, welche die Kündigung des betreffenden Dienstnehmers notwendig nach sich ziehen. Das ist etwa der Fall, wenn eine Abteilung aufgelassen wird oder wenn Abteilungen zusammengelegt werden, wenn die bisher vom betreffenden Dienstnehmer erledigte Arbeit anderen übertragen wird (ArbSlg 6098, 6565, 7131), nicht aber, wenn die vom betreffenden Dienstnehmer bisher ausgeübte Tätigkeit nach wie vor erforderlich ist und geleistet werden muß (ArbSlg 8760). Durch die Kündigungsmöglichkeit nach Paragraph 32, Absatz 2, Litera g, VBG soll lediglich verhindert werden, daß überflüssig gewordene Dienstnehmer weiter im Dienst belassen werden müssen (ArbSlg 6505).

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt zu dem Ergebnis, daß der Kündigungstatbestand nach Punkt VI lit f) des Dienstvertrages nicht erfüllt ist. Nach dem festgestellten Sachverhalt wurde wohl das vom Kläger geleitete Institut für Strahlenmedizin im Landesunfallkrankenhaus * aufgelassen und es wurden drei selbständige Abteilungen (Nuklearmedizin, Strahlentherapie und Röntgendiagnostik) gebildet. Diese Änderung erfolgte aber nicht, weil die bisher vom Kläger in seinem Tätigkeitsbereich (hauptsächlich Röntgendiagnostik) erforderliche Arbeit geringer oder jemand anderem übertragen wurde, sondern deshalb, weil die Aufgabenbereiche auf diesem Gebiet und insbesondere auf den beiden anderen Gebieten (Nuklearmedizin und Strahlentherapie) sich so

erweiterten, daß sie von einem einzigen Leiter, insbesondere auch fachlich, nicht mehr bewältigt werden konnten. Die Abteilung Röntgendiagnostik erfordert nach wie vor die Tätigkeit eines selbständigen Leiters. Es kann daher keineswegs gesagt werden, daß die Tätigkeit des Klägers überflüssig geworden wäre oder von einem anderen Abteilungsleiter zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben zum Zweck der Einsparung des dem Kläger übertragenen Leiterpostens hätte übernommen werden können. In Wahrheit wurde somit die vom Kläger betreute Abteilung nicht aufgelassen; es wurden vielmehr nur wegen des gesteigerten Arbeitsumfanges und der erhöhten fachlichen Anforderungen zwei Gebiete ausgegliedert und zu selbständigen Abteilungen gemacht. Diese Maßnahmen machten aber die Kündigung des bisherigen Leiters der Abteilung Röntgendiagnostik nicht „notwendig“, wenn auch einzelne Aufgaben des Klägers, die ihm bisher oblagen, dadurch wegfielen. Wesentlich ist, daß auch die verbliebenen Aufgaben der Röntgendiagnostik die volle Tätigkeit eines Abteilungsleiters (Primararztes) erfordern. Der vom Kläger innegehabte Posten kann daher nicht eingespart werden; die Tätigkeit des Klägers ist somit nicht durch die organisatorische Maßnahme überflüssig oder anderen Dienstnehmern übertragen worden. Daraus folgt, daß der angeführte Kündigungstatbestand nicht erfüllt ist. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt zu dem Ergebnis, daß der Kündigungstatbestand nach Punkt römisch sechs Litera f,) des Dienstvertrages nicht erfüllt ist. Nach dem festgestellten Sachverhalt wurde wohl das vom Kläger geleitete Institut für Strahlenmedizin im Landesunfallkrankenhaus * aufgelassen und es wurden drei selbständige Abteilungen (Nuklearmedizin, Strahlentherapie und Röntgendiagnostik) gebildet. Diese Änderung erfolgte aber nicht, weil die bisher vom Kläger in seinem Tätigkeitsbereich (hauptsächlich Röntgendiagnostik) erforderliche Arbeit geringer oder jemand anderem übertragen wurde, sondern deshalb, weil die Aufgabenbereiche auf diesem Gebiet und insbesondere auf den beiden anderen Gebieten (Nuklearmedizin und Strahlentherapie) sich so erweiterten, daß sie von einem einzigen Leiter, insbesondere auch fachlich, nicht mehr bewältigt werden konnten. Die Abteilung Röntgendiagnostik erfordert nach wie vor die Tätigkeit eines selbständigen Leiters. Es kann daher keineswegs gesagt werden, daß die Tätigkeit des Klägers überflüssig geworden wäre oder von einem anderen Abteilungsleiter zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben zum Zweck der Einsparung des dem Kläger übertragenen Leiterpostens hätte übernommen werden können. In Wahrheit wurde somit die vom Kläger betreute Abteilung nicht aufgelassen; es wurden vielmehr nur wegen des gesteigerten Arbeitsumfanges und der erhöhten fachlichen Anforderungen zwei Gebiete ausgegliedert und zu selbständigen Abteilungen gemacht. Diese Maßnahmen machten aber die Kündigung des bisherigen Leiters der Abteilung Röntgendiagnostik nicht „notwendig“, wenn auch einzelne Aufgaben des Klägers, die ihm bisher oblagen, dadurch wegfielen. Wesentlich ist, daß auch die verbliebenen Aufgaben der Röntgendiagnostik die volle Tätigkeit eines Abteilungsleiters (Primararztes) erfordern. Der vom Kläger innegehabte Posten kann daher nicht eingespart werden; die Tätigkeit des Klägers ist somit nicht durch die organisatorische Maßnahme überflüssig oder anderen Dienstnehmern übertragen worden. Daraus folgt, daß der angeführte Kündigungstatbestand nicht erfüllt ist.

Wenn aber das Dienstverhältnis des Klägers als Leiter der Abteilung (nunmehr) Röntgendiagnostik nicht beendet wurde, war es für die dienstrechtlichen Beziehungen zwischen den Streitteilen auch ohne rechtliche Bedeutung, daß diese Stelle dessen ungeachtet ausgeschrieben wurde, daß sich der Kläger bereit erklärte, dieses Primariat zu übernehmen bzw weiterzuführen, aber keine Veranlassung sah, sich um die ausgeschriebene Stelle zu „bewerben“ (Beil. 11, 12 und 13). Die Ansprüche aus seinem Dienstvertrag stehen ihm schon deswegen zu, weil dieser durch die von der beklagten Partei ausgesprochene Kündigung mangels Vorliegens eines ausreichenden Grundes – auch die Gründe, die neben der „Organisationsänderung“ noch geltend gemacht wurden, lagen, wie noch dargelegt werden wird, nicht vor – nicht beendet wurde. Daß er ab 30. September 1977 keine Tätigkeit mehr ausübte, kann ihm nicht schaden, weil die beklagte Partei durch den Ausspruch und die Aufrechterhaltung der Kündigung zweifelsfrei zu erkennen gab, daß sie den Kläger auf Grund des bisherigen Dienstvertrages nicht mehr beschäftigen will; die Einladung zu einer neuen Bewerbung läßt nicht eine Änderung dieser Absicht, sondern eher ein Beharren auf diesem Standpunkt erkennen. Der Kläger konnte somit mit der Aufnahme der Arbeit zuwarten, bis er von der beklagten Partei unter Anerkennung des bestehenden Dienstvertrages dazu aufgefordert wurde (vgl ArbSlg 9193 ua). Wenn aber das Dienstverhältnis des Klägers als Leiter der Abteilung (nunmehr) Röntgendiagnostik nicht beendet wurde, war es für die dienstrechtlichen Beziehungen zwischen den Streitteilen auch ohne rechtliche Bedeutung, daß diese Stelle dessen ungeachtet ausgeschrieben wurde, daß sich der Kläger bereit erklärte, dieses Primariat zu übernehmen bzw weiterzuführen, aber keine Veranlassung sah, sich um die ausgeschriebene Stelle zu „bewerben“ (Beil. 11, 12 und 13). Die Ansprüche aus seinem Dienstvertrag stehen ihm schon deswegen zu, weil dieser durch die von der beklagten Partei ausgesprochene Kündigung mangels Vorliegens eines ausreichenden Grundes – auch die Gründe, die neben der

„Organisationsänderung“ noch geltend gemacht wurden, lagen, wie noch dargelegt werden wird, nicht vor – nicht beendet wurde. Daß er ab 30. September 1977 keine Tätigkeit mehr ausübte, kann ihm nicht schaden, weil die beklagte Partei durch den Ausspruch und die Aufrechterhaltung der Kündigung zweifelsfrei zu erkennen gab, daß sie den Kläger auf Grund des bisherigen Dienstvertrages nicht mehr beschäftigen will; die Einladung zu einer neuen Bewerbung läßt nicht eine Änderung dieser Absicht, sondern eher ein Beharren auf diesem Standpunkt erkennen. Der Kläger konnte somit mit der Aufnahme der Arbeit zuwarten, bis er von der beklagten Partei unter Anerkennung des bestehenden Dienstvertrages dazu aufgefordert wurde (vergleiche ArbSlg 9193 ua).

Zur Höhe des Gehaltes des Klägers genügt es darauf zu verweisen, daß der Kläger nach den Feststellungen des Erstgerichtes das Gehalt wie die übrigen Primärärzte bezog und sich ein höherer Auszahlungsbetrag nur dadurch ergab, daß dem Kläger für seine Tätigkeit als Konsiliararzt im Krankenhaus der Stadt * zum Unterschied von den übrigen Primärärzten, welche diese Tätigkeit direkt diesem Krankenhaus in Rechnung stellten, von der beklagten Partei eine pauschale Abgeltung gezahlt wurde. Da diese Feststellungen des Erstgerichtes im Berufungsverfahren nicht bekämpft worden waren, konnte sie das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrundelegen. Die von der beklagten Partei in der Revision behauptete Aktenwidrigkeit und Mangelhaftigkeit des Verfahrens, die im wesentlichen darauf gestützt wird, daß die Beweisergebnisse zu diesen Feststellungen nicht ausgereicht hätten, liegen daher nicht vor.

Die Untergerichte haben aber auch das Vorliegen eines Kündigungsgrundes nach Punkt VI lit ? (größliche Dienstpflichtverletzung) oder lit ? (dem Ansehen oder den Interessen des Dienstes abträgliches Verhalten) des Dienstvertrages zutreffend verneint. Daß der Kläger über den Erlös aus dem Verkauf von Altblei nicht eigenmächtig hätte verfügen, sondern die Verfügung dem Dienstgeber hätte überlassen sollen, haben auch die Untergerichte betont. Es wurde aber ausdrücklich festgestellt, daß der Kläger dabei nie die Absicht hatte, sich zu bereichern oder seinen Dienstgeber zu schädigen. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles kann daher das Fehlverhalten des Klägers nicht als so schwerwiegend angesehen werden, daß es einen der vertraglich vorgesehenen oder doch einen gleichwertigen Kündigungsgrund darstellte. Zur fallweisen Verwendung von anstaltseigenen Geräten durch den Kläger in seiner Privatordination wurde festgestellt, daß sie nach einer Beanstandung durch den Verwaltungsdirektor im März 1976 nicht mehr erfolgte. Darauf kann somit die erst etwa ein Jahr später erfolgte Kündigung schon wegen des Zeitablaufes nicht mehr gestützt werden. Zu den übrigen Vorwürfen der beklagten Partei gegen den Kläger wird in der Revision nichts mehr vorgebracht, sodaß es dazu genügt, darauf zu verweisen, daß sie die Untergerichte beim festgestellten Sachverhalt mit Recht nicht geeignet ansahen, einen Kündigungstatbestand zu erfüllen.

Damit erweist sich die Revision als unberechtigt, sodaß ihr ein Erfolg zu versagen war.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41, 50 ZPO Die Kostenentscheidung stützt sich auf Paragraphen 41, 50, ZPO

Textnummer

E801081

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1978:0040OB00077.78.0905.000

Im RIS seit

31.08.2026

Zuletzt aktualisiert am

31.08.2026

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at