

# TE OGH 1990/8/29 9ObA142/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.08.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. phil. Eberhard Piso und Dr. Gerhard Dengscherz als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. Erwin V\*\*\*, Facharzt, Bruck an der Mur, Platz der Menschenrechte 1, vertreten durch Dr. Ursula Schwarz, Rechtsanwalt in Bruck an der Mur, wider die beklagte Partei S\*\*\* G\*\*\* FÜR A\*\*\* UND A\*\*\*,

Graz, Josef Pongratz-Platz 1, vertreten durch Dr. Helmut Destaller und Dr. Gerald Mader, Rechtsanwälte in Graz, wegen Kündigungsanfechtung, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 10. Jänner 1990, GZ 8 Ra 127/89-11, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 28. September 1989, GZ 36 Cga 179/89-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß sie zu lauten haben:

"Das Klagebegehren, die am 30. August 1989 zum 31. Dezember 1989 ausgesprochene Kündigung sei unwirksam; es werde festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis über den 31. Dezember 1989 hinaus aufrecht ist und weiterbesteht, wird abgewiesen."

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 3.292,80 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 548,80 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der am 16. April 1927 geborene Kläger war ab 1. Mai 1968 bei der beklagten Partei in deren Gesundenuntersuchungsstelle in Leoben als Facharzt für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten beschäftigt. Am 1. Oktober 1988 wurde er nach Graz versetzt. Mit einem dem Kläger an diesem Tag zugegangenen Schreiben vom 30. August 1989 wurde das Dienstverhältnis zum 31. Dezember 1989 gekündigt. Der Betriebsrat hat der Kündigung weder ausdrücklich zugestimmt noch Widerspruch dagegen erhoben. Umstände in der Person des Klägers, die die betrieblichen Interessen nachteilig berühren, liegen nicht vor. Der Kläger ficht die Kündigung als sozial ungerechtfertigt an, weil er eine beträchtliche finanzielle Einbuße erleide und bis zum Erreichen des 65. Lebensjahres im April 1992

keine vergleichbare Arbeitsstelle mehr werden finden können. Überdies sei der Kläger ab Beendigung des Dienstverhältnisses nicht mehr pflichtversichert; für eine freiwillige Weiterversicherung müsse er 1.560 S monatlich aufwenden. Der Kläger sei für seine geschiedene Gattin und einen studierenden Sohn sorgspflichtig.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der Kläger sei nur nebenberuflich mit einer Arbeitszeit von 10 Stunden wöchentlich bei der beklagten Partei beschäftigt gewesen. Er habe zuerst in der Gesundenuntersuchungsstelle in Leoben gearbeitet. Diese Untersuchungsstelle sei Ende Oktober 1988 aus betrieblichen Gründen geschlossen worden, weil die Einkünfte nur mehr 37,45 % der Kosten gedeckt hätten. Der Kläger hätte daher gekündigt werden sollen, doch habe sich im HNO-Ambulatorium der beklagten Partei in Graz ein Engpaß ergeben, weil der Leiter in Pension gegangen sei. Da ein neuer ganztägig beschäftigter Facharzt nicht zur Verfügung gestanden sei, habe vorübergehend eine Notlösung gefunden werden müssen. Der Kläger sei daher nach Graz versetzt worden und sollte zumindest an zwei Vormittagen, das heißt zweimal fünf Stunden pro Woche, dort Dienst versehen. Der Kläger habe sich geweigert und erklärt, er habe eine HNO-Praxis in Leoben und könne seinen Patienten die Abwesenheit an zwei Vormittagen pro Woche nicht zumuten; er könne nur an einem Tag pro Woche im Ambulatorium arbeiten. Da ein anderer Arzt nicht zur Verfügung gestanden sei, habe sich die beklagte Partei in dieser Notlage dem Wunsch des Klägers gefügt und einer vorübergehenden siebenstündigen Dienstzeit an jedem Mittwoch zugestimmt. Da ein so großes Ambulatorium mit einer großen Zahl von Versicherten nicht auf Dauer nur nebenbei betreut werden könne, habe die beklagte Partei versucht, einen Facharzt zu finden, der bereit sei, dort die volle Dienstzeit zu leisten. Nunmehr sei in der Person eines qualifizierten Oberarztes des Landeskrankenhauses Graz ein solcher Facharzt gefunden worden. Die Fortführung des für die Versicherten und die beklagte Partei unzumutbaren Provisoriums sei daher nicht mehr notwendig. Wesentliche Interessen des Klägers würden nicht berührt. Der Kläger führe eine eigene HNO-Praxis in Leoben, in der er voll ausgelastet sei. Der Kläger habe einen Einzugsbereich für zwei Planstellen und habe Einkünfte aus den diversen Zweigen der gesetzlichen Krankenversicherung (nach dem ASVG, GSVG, BPVG, von der Versicherungsanstalt der österreichischen Eisenbahnen und der BVA) sowie von Privatpatienten und diversen Zusatzkrankenkassen. Daß ein Facharzt in dieser Position auf ein nebenberufliches Einkommen für einen Halbtage pro Woche angewiesen sei, könne nicht ernsthaft behauptet werden. Im übrigen seien die Vertragspartner auf Grund des Gesamtvertrages zwischen der Österreichischen Ärztekammer und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger verpflichtet, Fachärzte nicht gleichzeitig in Ambulatorien anzustellen und als Vertragsärzte zu beschäftigen. Die beklagte Partei sei daher verpflichtet, diese Zweigleisigkeit zu beenden. Überdies verhalte sich der Kläger Patienten und Bediensteten gegenüber unfreundlich. Deswegen und weil der Kläger wegen seiner Anwesenheit nur einmal pro Woche keine Patienten zur länger dauernden Behandlung übernehmen könne, bringe er durch seine Tätigkeit nur 20 % seiner Gehaltskosten herein, während die zweite dort tätige Ärztin 259 % hereinbringe. Als Körperschaft öffentlichen Rechtes sei die beklagte Partei verpflichtet, sparsam zu wirtschaften; die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses mit dem Kläger sei ihr daher nicht zumutbar. Völlig irreführend seien die Behauptungen des Klägers über seine Pensionsansprüche. Der Kläger sei so lange beschäftigt gewesen, daß er jederzeit in Pension gehen könne. Wenn es der Kläger aber vorziehe, sich seiner privaten Praxis zu widmen und nicht in Pension zu gehen, könne daraus keine wesentliche Beeinträchtigung seiner Interessen abgeleitet werden. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt.

Es stellte folgenden weiteren wesentlichen Sachverhalt fest:

Der Kläger, der seit 1967 eine HNO-Praxis in Leoben betreibt, wurde von der beklagten Partei seit dem Jahr 1968 in der Gesundenuntersuchungsstelle Leoben durchschnittlich sechs Stunden wöchentlich beschäftigt. Wegen der geringen Patientenzahl wurde die Gesundenuntersuchungsstelle mit 31. Dezember 1988 gesperrt. Der Kläger wäre gekündigt worden, hätte ihn die beklagte Partei nicht für das Ambulatorium Graz benötigt. Die beklagte Partei ersuchte den Kläger zunächst, an zwei Vormittagen pro Woche im HNO-Ambulatorium Dienst zu versehen. Da der Kläger seinen Patienten in Leoben eine Abwesenheit an zwei Vormittagen pro Woche nicht zumuten wollte, erklärte er sich lediglich bereit, einmal pro Woche von 6.30 Uhr bis 13.30 Uhr im Ambulatorium in Graz Dienst zu versehen. Mit diesem Vorschlag erklärte sich die beklagte Partei einverstanden, und der Kläger versah ab 1. Oktober 1988 Dienst in Graz. Im dortigen HNO-Ambulatorium sind Planstellen für zwei vollbeschäftigte HNO-Fachärzte zu je 36 Stunden pro Woche vorgesehen. Die zweite Planstelle ist mit einer 36 Stunden pro Woche und damit vollbeschäftigten Ärztin besetzt. Der beklagten Partei war es zunächst nicht möglich, einen zu einer vollen Dienstleistung bereiten Bewerber für die andere Planstelle zu finden. Der Kläger wurde nur beschäftigt, weil die beklagte Partei die teilweise Besetzung der Planstelle

einer völligen Vakanz vorzog. Auf Grund der Patientenanzahl ist eine zweite Planstelle in der HNO-Ambulanz notwendig. Bis zur Pensionierung des Dr. K\*\*\* am 1. Oktober 1988 waren beide Planstellen voll besetzt. Dem Kläger wurde nicht mitgeteilt, daß es sich bei der von ihm ausgeübten Tätigkeit von lediglich einem Tag pro Woche um ein Provisorium bzw. eine Notlösung handelte. Für diese Planstelle ist nunmehr mit Dr. Willibald Wolfgang K\*\*\* ein Bewerber vorhanden, der bereit ist 36 Stunden pro Woche im Ambulatorium zu arbeiten, und zwar ab 1. November 1989. Im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz am 29. September 1989 war die Planstelle noch nicht besetzt.

Bezüglich der Patientenfrequenz und der Kostendeckung ergaben sich für den Kläger und die neben ihm vollbeschäftigte Ärztin Dr. B\*\*\* folgende Werte:

Patientenfrequenz 4. Quartal 1. Quartal 2. Quartal

pro Arbeitstag 1988 1989 1989

Kläger 10 14,9 7,4

Dr. B\*\*\* 25 26 26,3

fiktive Einnahmen 4. Quartal 1. Quartal 2. Quartal

pro Arbeitstag 1988 1989 1989

Kläger 2.378 S 3.053,80 S 1.662,20 S

Dr. B\*\*\* 5.905,30 S 7.213,20 S 7.338,30 S

Stellt man die Leistungswerte dem Gehalt gegenüber, ergibt sich für den Kläger ein Kostendeckungsgrad von 20 %, für Dr. B\*\*\* ein solcher von 259 %.

Ein vollbeschäftigter Arzt weist eine höhere Patientenfrequenz und damit einen höheren Kostendeckungsgrad auf als ein nur teilbeschäftigter Arzt, da insbesondere Patienten, die einer länger dauernden Behandlung bedürfen, die Behandlung durch einen Arzt vorziehen, der ihnen mehrmals pro Woche zur Verfügung steht. Im Bereich Leoben existieren zwei Kassenstellen für HNO-Fachärzte. Davon ist nur eine - durch den Kläger - besetzt. Der Kläger erreichte in seiner Kassenpraxis in den letzten fünf Quartalen durchschnittlich 500 bis 590 Behandlungsfälle. Im österreichischen Durchschnitt erreichen HNO-Fachärzte eine Patientenzahl von 700 pro Quartal. Der Kläger erzielt ein monatliches Gesamteinkommen von 70.000 S bis 80.000 S brutto inklusive des aus dem gegenständlichen Dienstvertrag erzielten Monatseinkommens von 22.653,40 S brutto. Darin sind sämtliche Bezüge aus der Behandlung von Patienten, die bei Sozialversicherungsträgern versichert sind, sowie die Honorare für die Behandlung von Privatpatienten enthalten. Der Kläger hat keinen Vertrag mit der Sozialversicherungsanstalt der Bauern.

Eine Feststellung, daß der Kläger bereit oder nicht bereit ist, seine Ordination einzuschränken, um 36 Stunden pro Woche bei der beklagten Partei im Ambulatorium zu arbeiten, kann nicht getroffen werden.

Der Kläger hat so viele Versicherungsmonate erworben, daß er die vorzeitige Alterspension erlangen könnte; eine solche Pension wäre niedriger als die nach Vollendung des 65. Lebensjahres gebührende Alterspension. Nach dem Gesamtvertrag zwischen der Ärztekammer und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ist vorgesehen, daß in Ambulatorien angestellte Fachärzte nicht gleichzeitig Vertragsärzte dieser Versicherungsträger sein dürfen; Ausnahmen sind nur im Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien zulässig.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, durch die Kündigung seien wesentliche Interessen des Klägers beeinträchtigt, da er ein Viertel seines Einkommens einbüßen würde. Die Kündigung sei nicht betriebsbedingt, weil der beklagten Partei bereits bei Versetzung des Klägers nach Graz bekannt gewesen sei, daß ein vollbeschäftigter Arzt eine bessere Patientenfrequenz und damit eine bessere Kostendeckung erzielen würde als ein nur teilzeitbeschäftigter Arzt. Darüber hinaus müsse anstelle des Klägers ein anderer Arzt aufgenommen werden, der nicht nur die gleiche Tätigkeit wie der Kläger ausüben, sondern der beklagten Partei an weiteren vier Tagen zur Verfügung stehen solle. Aber selbst wenn man die Betriebsbedingtheit der Kündigung annehme, schließe die Abwägung der Interessen zugunsten des Klägers aus, da der beklagten Partei die Weiterbeschäftigung des Klägers bis zur Erreichung des 65. Lebensjahres eher zugemutet werden könne als dem Kläger der Verzicht auf das Einkommen aus dieser Tätigkeit. Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichtes, sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes 50.000 S übersteige und vertrat die Rechtsauffassung, daß der Kläger zwar nach Wegfall des Einkommens aus dem gegenständlichen

Dienstverhältnis noch immer gut verdiene; der Kläger sei aber 21 Jahre lang bei der beklagten Partei beschäftigt gewesen und habe seinen Lebensstil und seine wirtschaftlichen Bedürfnisse auf sein Einkommen abgestellt. Der Wegfall von einem Viertel seines Einkommens bedeute daher eine wesentliche finanzielle Schlechterstellung; dazu kämen noch die zu erwartenden Nachteile im Zusammenhang mit den Pensionsansprüchen des Klägers. Der Umstand, daß der Kläger eine geringere Patientenfrequenz und damit einen niedrigeren Kostendeckungsgrad aufweise, könne die Kündigung nicht rechtfertigen. Die beklagte Partei habe es selbst in der Hand, durch eine entsprechende Organisation dafür zu sorgen, daß der Kläger an seinem Arbeitsplatz voll ausgelastet werde. Darüber hinaus verursache der Kläger geringere Lohnkosten als ein Arzt, der an fünf Tagen pro Woche eingesetzt werde. Soweit die beklagte Partei darauf hinweise, daß die derzeitige Situation an der HNO-Ambulanz im Sinne einer ausreichend medizinischen Versorgung der Bevölkerung nicht tragbar sei, sei ihr zu erwidern, daß nur wirtschaftliche Gründe eine Kündigung notwendig machen könnten. Es stehe der beklagten Partei auch frei, neben dem Kläger noch einen weiteren teilzeitbeschäftigten Arzt etwa für vier Tage pro Woche anzustellen. Der Arbeitgeber dürfe Arbeitnehmer nicht in der Absicht kündigen, sie durch neue zu ersetzen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens abzuändern.

Die klagende Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Wie der Oberste Gerichtshof schon mehrmals ausgesprochen hat, ist bei der Beurteilung des Anfechtungsgrundes des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG unter Anlegung eines objektiven Maßstabes primär zu prüfen, ob wesentliche Interessen des Gekündigten - seit wenigstens sechs Monaten beschäftigten - Arbeitnehmers beeinträchtigt sind. Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen ist erfüllt, wenn die durch die Kündigung bewirkte finanzielle Schlechterstellung ein solches Ausmaß erreicht, daß sie eine fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat, ohne daß es dabei schon zu einer sozialen Notlage oder Existenzgefährdung kommen müßte. Vor allem ist auch darauf Bedacht zu nehmen, ob das durch die (infolge der Kündigung wegfallende) Arbeitsleistung erzielte Einkommen keinen erheblichen Einfluß auf die Lebensführung hat, weil der damit verbundene Aufwand in erster Linie aus anderen Quellen gedeckt ist (vgl. Kuderna, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, DRdA 1975, 9 ff Ä12Ü; RdW 1989, 200 = WBI 1989, 124; Arb 10.755).

Nach den für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen der Vorinstanzen bezog der Kläger neben dem Einkommen aus der bloß nebenberuflich ausgeübten gegenständlichen Teilbeschäftigung ein Einkommen aus einer HNO-Praxis mit Krankenkassenverträgen, sodaß er ein monatliches Gesamteinkommen von 70.000 S bis 80.000 S erzielte. Damit verblieb dem Kläger nach Wegfall des gegenständlichen Bezuges von 22.653,40 S brutto aus seiner Nebentätigkeit noch immer ein weit überdurchschnittliches Einkommen, aus seiner hauptberuflich ausgeübten Kassenpraxis, selbst wenn man die Möglichkeit außer Betracht läßt, daß der Kläger, der einen Einzugsbereich für zwei Kassenstellen für HNO-Fachärzte betreut, den Ausfall durch vermehrten Einsatz in der Kassenpraxis zumindest zum Teil wettmachen könnte. Was die Höhe der Alterspension betrifft, ist einerseits auf die Möglichkeit der freiwilligen Weiterversicherung, vor allem aber darauf hinzuweisen, daß der Kläger, der nach den Feststellungen der Vorinstanzen bereits die vorzeitige Alterspension in Anspruch nehmen könnte und daher mehr als 360 Versicherungsmonate aufzuweisen hat, gemäß §§ 274 und 261 Abs 2 ASVG für je 12 Versicherungsmonate eine Erhöhung des Steigerungsbetrages lediglich um jeweils 1,5 % erreichen könnte, sodaß er, sollte er sich nicht zur freiwilligen Weiterversicherung entschließen, eine nur geringfügig niedrigere Alterspension erlangen würde. Ergänzend ist aber zu bemerken, daß neben diese Alterspension nach dem ASVG auch noch die Pension aus der freiberuflichen Tätigkeit des Klägers als Arzt tritt. Selbst wenn man die vom Kläger behaupteten, von den Vorinstanzen aber nicht festgestellten Sorgepflichten für seine geschiedene Gattin und seinen studierenden Sohn berücksichtigt, ist eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung durch den Verlust des Einkommens aus dem gegenständlichen nebenberuflichen Dienstverhältnis nicht anzunehmen. Hierbei ist darauf Bedacht zu nehmen, daß der Kläger aus der seiner Ausbildung entsprechenden vollen Erwerbstätigkeit als niedergelassener Facharzt mit Kassenverträgen mit einem für zwei Planstellen vorgesehenen Einzugsgebiet ohnehin ein hohes Einkommen bezieht, mit dem er in erster Linie seinen Lebensaufwand bestreiten kann, und daß es sich bei der gegenständlichen Beschäftigung um eine bloße

Nebentätigkeit handelt. In diesem Zusammenhang ist, wie der Oberste Gerichtshof bereits zu Arb 10.755 = RdW 1989, 200 = WBI 1989, 124 aussprach, auch auf die Interessen Arbeitsuchender Bedacht zu nehmen, für die die vom Gekündigten als bloße Nebentätigkeit ausgeübte Beschäftigung eine Existenzgrundlage bilden könnte (vgl. Grillberger, Neue Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz? WBI 1990, 7 ff Ä9Ü).

Da somit der Anfechtungsgrund einer Beeinträchtigung wesentlicher Interessen nicht vorliegt, ist auf die Frage des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes im Sinne des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG (Betriebsbedingtheit der Kündigung) nicht mehr einzugehen. Die Kündigung des Klägers ist nicht sozialwidrig. Der Revision der beklagten Partei war daher Folge zu geben. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 58 Abs 1 Satz 1 ASGG und 41, 50 ZPO, wobei gemäß §§ 4 RAT und 56 Abs 2 Satz 3 JN von einem Streitwert von 30.000 S auszugehen war.

#### **Anmerkung**

E21528

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1990:009OBA00142.9.0829.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900829\_OGH0002\_009OBA00142\_9000000\_000

**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](http://www.jusline.at)