

TE OGH 2014/4/29 9ObA165/13z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.04.2014

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Hopf als Vorsitzenden und durch die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Claudia Gründel und Dr. Klaus Mayr als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei A***** S*****, vertreten durch Dr. Edeltraud Fichtenbauer, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei Stadt Wien, *****, vertreten durch Engelbrecht und Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Kündigungsanfechtung (Streitwert: 92.400 EUR), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. Oktober 2013, GZ 7 Ra 85/13s-57, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 21. Mai 2013, GZ 15 Cga 46/11k-47, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.115,54 EUR (darin 352,59 EUR USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war seit 22. 12. 2003 als Vertragsbedienstete bei der Beklagten beschäftigt. Auf das Dienstverhältnis ist das Gesetz über das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien (VBO 1995, WrLGBI 1995/50) anwendbar.

Die Klägerin war als Pflegehelferin tätig. Punkt 2 ihres Dienstvertrags lautet:

„Die Dienstnehmerin wird in die Bedienstetengruppe der Pflegehelferinnen der Verwendungsgruppe K6 eingereiht.“

Bei der Tätigkeit einer Pflegehelferin handelt es sich ganz allgemein um Arbeiten mit leichten, häufig mittelschweren und phasenhaft schweren (Körperpflege und Mobilisation) körperlichen Berufsanforderungen. Die Arbeiten werden im Stehen und Gehen durchgeführt (deutlich mehr als halbe Tag über den Arbeitstag verteilt). Berufstypisch ist das Arbeiten abwechselnd im Stehen und Gehen in geschlossener Folge über einen längeren Zeitraum von etwa zwei bis drei Stunden pro Arbeitstag.

Ab 1. 10. 2009 war die Klägerin als Pflegehelferin auf einer Demenzstation des G***** (in weiterer Folge: G*****) tätig. Der stehende und gehende Anteil der Tätigkeit einer Pflegehelferin beträgt dort ca 80 % der Tätigkeit. Darüber hinaus hat jede Pflegehelferin unter Aufsicht einer diplomierten Pflegekraft eine Pflegedokumentation zu führen, wobei diese Tätigkeit einen sehr geringen Teil der Aufgaben und Arbeitszeit beansprucht. Während ca einer Stunde am Tag werden

Animationstätigkeiten (zB Kekse backen, Basteln) im Team gemeinsam durchgeführt. Die Patienten auf der Demenzstation müssen beim Essen und auch im Aufenthaltsraum beaufsichtigt werden. Bei Personalmangel haben Pflegehelfer auch das Frühstück auszuteilen und die Betten zu machen.

Während der Dauer ihrer Tätigkeit war die Klägerin aufgrund unterschiedlicher, miteinander nicht im Zusammenhang stehender, gravierender gesundheitlicher Beeinträchtigungen im Krankenstand, nämlich an 73 Tagen im Jahr 2005, an 101 Tagen im Jahr 2006, an 92 Tagen im Jahr 2007, an 77 Tagen im Jahr 2008, an 132 Tagen im Jahr 2009 und an 202 Tagen im Jahr 2010.

Mit der Klägerin wurden sowohl am 14. 8. 2006, als auch am 18. 4. 2008 Gespräche über ihre Krankenstände und ihren Gesundheitszustand geführt, sowie darüber, dass das Nichterreichen des allgemein erzielbaren Arbeitserfolges aufgrund zu hoher Krankenstände dienstrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könne. Auch in einem Gespräch vom 26. 11. 2009 wurde die Klägerin von der „Abteilung Personal“ darauf hingewiesen, dass ihre überdurchschnittlich hohen Krankenstände eine Mehrbelastung ihrer Kollegen und Kolleginnen zur Folge haben und Auswirkungen auf den Dienstbetrieb hervorrufen. Die Klägerin wurde darauf aufmerksam gemacht, dass die Auflösung des Dienstverhältnisses für den Fall möglich sei, dass in absehbarer Zukunft kein maßgeblicher Rückgang der Dienstabwesenheitszeiten feststellbar sei.

Im Jahr 2009 wurden der Klägerin nach einem Krankenstand für einen Zeitraum von etwa drei Monaten vorübergehend leichtere Arbeiten zugewiesen. Dies stellte ein Entgegenkommen der Beklagten dar.

Mit Bescheid vom 6. 4. 2010 stellte das Bundessozialamt fest, dass bei der Klägerin ein Grad der Behinderung von 30 % vorliege. Dieser Bescheid wurde mit folgenden, voraussichtlich länger als sechs Monate andauernden Funktionseinschränkungen begründet: Verwachsungsbeschwerden nach viermaliger Bauchoperation, 30 %; degenerative Wirbelsäulenveränderungen, 20 %; Depressio, 30 %; chronische Gastritis, Cardiainsuffizienz, 10 %. Es steht nicht fest, dass dieser Bescheid der Beklagten zur Kenntnis gelangte.

Am 20. 6. 2010 erlitt die Klägerin einen Fahrradunfall, bei dem sie sich Brüche im rechten Sprunggelenk zuzog. Seit diesem Unfall befand sich die Klägerin durchgehend im Krankenstand.

Über einen neuerlichen Antrag der Klägerin vom 7. 2. 2011 auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Personen, stellte das Bundessozialamt mit Bescheid vom 6. 6. 2011 (wiederum) einen Grad der Behinderung von 30 % fest. Es ging dabei von folgenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen aus: Verwachsungsbeschwerden nach viermaliger Bauchoperation, 20 %; degenerative Wirbelsäulenveränderungen, 20 %; Depressio, 30 %; chronische Gastritis, Cardiainsuffizienz, 10 %; Beweglichkeitseinschränkungen rechtes Sprunggelenk nach doppeltem Knöchelbruch, 20 %.

Als sich die Klägerin nach ihrem Fahrradunfall durchgehend im Krankenstand befand, entschloss sich die Pflegedienstleitung dazu, mit Schreiben vom 18. 4. 2011 die zuständige Magistratsabteilung der Beklagten um Kündigung der Klägerin zum nächstmöglichen Termin gemäß § 42 Abs 2 VBO 1995 zu ersuchen. In diesem Schreiben wurde auf die langen Krankenstände der Klägerin - darunter auch der letzte seit 20. 6. 2010 laufende Krankenstand - und die mit ihr in den Jahren 2006, 2008 und 2009 geführten Gespräche hingewiesen. Als sich die Klägerin nach ihrem Fahrradunfall durchgehend im Krankenstand befand, entschloss sich die Pflegedienstleitung dazu, mit Schreiben vom 18. 4. 2011 die zuständige Magistratsabteilung der Beklagten um Kündigung der Klägerin zum nächstmöglichen Termin gemäß Paragraph 42, Absatz 2, VBO 1995 zu ersuchen. In diesem Schreiben wurde auf die langen Krankenstände der Klägerin - darunter auch der letzte seit 20. 6. 2010 laufende Krankenstand - und die mit ihr in den Jahren 2006, 2008 und 2009 geführten Gespräche hingewiesen.

Mit Schreiben vom 6. 6. 2011 sprach die Beklagte die Kündigung des Dienstverhältnisses der Klägerin gemäß § 42 Abs 2 Z 2 und 6 VBO 1995 zum 30. 9. 2011 aus. Mit Schreiben vom 6. 6. 2011 sprach die Beklagte die Kündigung des Dienstverhältnisses der Klägerin gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 2, und 6 VBO 1995 zum 30. 9. 2011 aus.

Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung war die Klägerin nur mehr in der Lage, leichte und mittelschwere Arbeiten unter Einhaltung der üblichen Pausen über einen normalen Arbeitstag durchzuführen. Arbeiten im Gehen und Stehen waren nur noch halbe Tag, über einen gesamten Arbeitstag verteilt, möglich. Ausgeschlossen waren Arbeiten an höhenexponierten Stellen, wie Leitern und Gerüsten. Der „Anmarschweg“ zur Arbeitsstätte war zu diesem

Zeitpunkt auf 1000 m eingeschränkt, wobei diese Strecke nach einer zwei- bis dreiminütigen Pause noch einmal bewältigt werden konnte. Bei Einhaltung dieses Leistungskalküls waren, abgesehen von einem bereits geplanten Rehabilitationsaufenthalt der Klägerin von 29. 6. 2011 bis 20. 7. 2011, Krankenstände nicht absehbar.

Ausgehend davon war die Klägerin nicht mehr in der Lage, als Pflegehelferin zu arbeiten, weil es zu mehrfachen Überschreitungen des medizinischen Leistungskalküls der Klägerin gekommen wäre. Auch unter Berücksichtigung der etwas erleichterten Anforderungen auf einer Demenzstation war die Klägerin aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr in der Lage, ihre bisherige Berufstätigkeit als Pflegehelferin auf einer Demenzstation des G***** auszuführen.

Aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen wäre die Klägerin zwar in der Lage, eine Tätigkeit im Rahmen der Patientenanimation auszuüben, in einem Callcenter tätig zu sein, oder auch allgemeine Sekretariatstätigkeiten oder eine administrative Tätigkeit auszuüben. Für Sekretariatstätigkeiten und administrative Tätigkeiten wäre allerdings eine viermonatige Einarbeitungszeit und ein Arbeitseinsatz in der Weise notwendig, dass die Klägerin nicht auf einem Arbeitsplatz eingesetzt wird, wo sie alleine tätig wäre, sondern idealerweise gemeinsam mit einer weiteren, bereits eingearbeiteten Sekretariatskraft. Derartige Arbeitsplätze sind jedoch im Bereich des G***** nicht vorhanden: Die Tätigkeit der Patientenanimation stellt nur einen kleinen Ausschnitt aus der Tätigkeit der Pflegehelferin dar, für den es keinen Vollzeitarbeitsplatz gibt. Freie Arbeitsplätze im administrativen Bereich oder für Sekretariatstätigkeiten sind ebenfalls nicht vorhanden, zumal beabsichtigt ist, das G***** Ende 2014, Anfang 2015 zu schließen, sodass man bereits derzeit damit befasst ist, jene Mitarbeiter, die in der Verwaltung tätig sind, woanders unterzubringen. Im G***** besteht zwar ein Arbeitsplatz für die Sekretärin des Primararztes, die die von den Ärzten diktierten Arztbriefe zu schreiben hat, und die auch den täglichen Patientenstand festhält. Für den Bereich der Pflege gibt es hingegen keine Sekretärin.

Bei einer Weiterbeschäftigung der Klägerin kann der von ihr besetzte Dienstposten einer Pflegehelferin nicht nachbesetzt werden.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage, die Kündigung wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäß § 4a Abs 1 Z 7 VBO 1995 iVm § 54d Abs 1 VBO 1995 für rechtsunwirksam zu erklären. Hilfsweise begehrt sie die Feststellung, „dass die Kündigung rechtswidrig sei“, sowie die Feststellung des aufrechten Fortbestands des Dienstverhältnisses. Sie leide infolge eines Unfalls vom 20. 6. 2010 an einer Behinderung iSd § 4a Abs 1 VBO 1995, nämlich einer Bewegungseinschränkung des rechten Sprunggelenks nach doppeltem Knöchelbruch. Ihr Krankenstand seit 20. 6. 2010 sei ausschließlich durch diese Behinderung entstanden. Die Klägerin sei nicht iSd § 42 Abs 2 Z 2 VBO 1995 für die Erfüllung ihrer Dienstpflichten gesundheitlich ungeeignet. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie den allgemeinen Arbeitserfolg nicht erreicht habe. Die Kündigung der Klägerin sei daher ausschließlich wegen ihrer Behinderung bzw wegen der Folgeerscheinungen im Zusammenhang mit der Behinderung ausgesprochen worden. Die Beklagte habe entgegen ihrer Verpflichtung gemäß § 4b Abs 3 VBO 1995 keine angemessenen Maßnahmen für die Klägerin ergriffen, um weiter bei der Beklagten beschäftigt zu bleiben. Die Klägerin sei in der Lage, administrative Tätigkeiten im Bereich der Geriatrie, aber auch Tätigkeiten im Bereich der Patientenanimation weiterhin auszuüben. Sie sei auch bereit und in der Lage, Schalterdiensttätigkeiten in einem anderen Krankenhaus der Beklagten oder geeignete Tätigkeiten an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz der Beklagten ausüben. Die Beklagte verfüge über eine ausreichende Anzahl derartiger Arbeitsplätze, sie müsse solche nicht neu schaffen. Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage, die Kündigung wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäß Paragraph 4 a, Absatz eins, Ziffer 7, VBO 1995 in Verbindung mit Paragraph 54 d, Absatz eins, VBO 1995 für rechtsunwirksam zu erklären. Hilfsweise begehrt sie die Feststellung, „dass die Kündigung rechtswidrig sei“, sowie die Feststellung des aufrechten Fortbestands des Dienstverhältnisses. Sie leide infolge eines Unfalls vom 20. 6. 2010 an einer Behinderung iSd Paragraph 4 a, Absatz eins, VBO 1995, nämlich einer Bewegungseinschränkung des rechten Sprunggelenks nach doppeltem Knöchelbruch. Ihr Krankenstand seit 20. 6. 2010 sei ausschließlich durch diese Behinderung entstanden. Die Klägerin sei nicht iSd Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 2, VBO 1995 für die Erfüllung ihrer Dienstpflichten gesundheitlich ungeeignet. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie den allgemeinen Arbeitserfolg nicht erreicht habe. Die Kündigung der Klägerin sei daher ausschließlich wegen ihrer Behinderung bzw wegen der Folgeerscheinungen im Zusammenhang mit der Behinderung ausgesprochen worden. Die Beklagte habe entgegen ihrer Verpflichtung gemäß Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 keine angemessenen Maßnahmen für die Klägerin ergriffen, um weiter bei der Beklagten beschäftigt zu bleiben. Die Klägerin sei in der Lage, administrative Tätigkeiten im Bereich der Geriatrie, aber auch

Tätigkeiten im Bereich der Patientenanimation weiterhin auszuüben. Sie sei auch bereit und in der Lage, Schalterdiensttätigkeiten in einem anderen Krankenhaus der Beklagten oder geeignete Tätigkeiten an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz der Beklagten ausüben. Die Beklagte verfüge über eine ausreichende Anzahl derartiger Arbeitsplätze, sie müsse solche nicht neu schaffen.

Die Beklagte wande dagegen ein, dass die Kündigung berechtigt gewesen sei, weil die Klägerin seit 2005 überdurchschnittlich lange Krankenstände aufgewiesen habe. Der Beklagten sei die Weiterführung des Dienstverhältnisses vor allem aufgrund der langen Krankenstände der Klägerin seit 2007 nicht mehr zumutbar gewesen. Die Krankenstände der Klägerin hätten in den letzten sechs Jahren eine Dauer von durchschnittlich 113 Tagen aufgewiesen. Die Kündigungsgründe des § 42 Abs 2 Z 2 und 6 VBO 1995 seien daher vorgelegen, weil davon auszugehen gewesen sei, dass auch in Zukunft mit hohen Krankenständen der Klägerin zu rechnen sei. Die Kündigung der Klägerin sei nicht wegen ihrer Behinderung - von der die Beklagte gar keine Kenntnis gehabt habe -, sondern ausschließlich aufgrund ihrer bereits in den Jahren vor ihrem Unfall vorliegenden überdurchschnittlichen Krankenstände erfolgt, sodass die Klägerin bei der Beendigung ihres Dienstverhältnisses nicht diskriminiert worden sei. Der Beklagten sei es weder möglich noch zumutbar, die Klägerin, die ausschließlich als Pflegehelferin und nie im administrativen Bereich tätig gewesen sei, weiter zu beschäftigen. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, für die Klägerin an sämtlichen Dienststellen in ihrem Bereich einen alternativen Arbeitsplatz zu finden oder neu zu schaffen. Einen diesbezüglichen Wunsch habe die Klägerin im Rahmen der von der Beklagten in Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht mit ihr geführten Gespräche auch nicht geäußert. Schließlich sei es der Beklagten auch nicht zumutbar, den Posten der Klägerin als Pflegehelferin weiterhin besetzt zu halten, obwohl die Klägerin nicht in der Lage sei, ihre Arbeitstätigkeit auszuüben. Die Beklagte wande dagegen ein, dass die Kündigung berechtigt gewesen sei, weil die Klägerin seit 2005 überdurchschnittlich lange Krankenstände aufgewiesen habe. Der Beklagten sei die Weiterführung des Dienstverhältnisses vor allem aufgrund der langen Krankenstände der Klägerin seit 2007 nicht mehr zumutbar gewesen. Die Krankenstände der Klägerin hätten in den letzten sechs Jahren eine Dauer von durchschnittlich 113 Tagen aufgewiesen. Die Kündigungsgründe des Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 2 und 6 VBO 1995 seien daher vorgelegen, weil davon auszugehen gewesen sei, dass auch in Zukunft mit hohen Krankenständen der Klägerin zu rechnen sei. Die Kündigung der Klägerin sei nicht wegen ihrer Behinderung - von der die Beklagte gar keine Kenntnis gehabt habe -, sondern ausschließlich aufgrund ihrer bereits in den Jahren vor ihrem Unfall vorliegenden überdurchschnittlichen Krankenstände erfolgt, sodass die Klägerin bei der Beendigung ihres Dienstverhältnisses nicht diskriminiert worden sei. Der Beklagten sei es weder möglich noch zumutbar, die Klägerin, die ausschließlich als Pflegehelferin und nie im administrativen Bereich tätig gewesen sei, weiter zu beschäftigen. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, für die Klägerin an sämtlichen Dienststellen in ihrem Bereich einen alternativen Arbeitsplatz zu finden oder neu zu schaffen. Einen diesbezüglichen Wunsch habe die Klägerin im Rahmen der von der Beklagten in Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht mit ihr geführten Gespräche auch nicht geäußert. Schließlich sei es der Beklagten auch nicht zumutbar, den Posten der Klägerin als Pflegehelferin weiterhin besetzt zu halten, obwohl die Klägerin nicht in der Lage sei, ihre Arbeitstätigkeit auszuüben.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren und die Eventualbegehren ab. Bei der Klägerin liege spätestens seit dem Unfall vom 20. 6. 2010 eine Behinderung gemäß § 4a Abs 1a VBO 1995 vor. Gemäß § 4b Abs 3 VBO 1995 liege aber keine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung vor, wenn erforderliche und iSd Art 5 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (in weiterer Folge: RL 2000/78) zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf zu treffende angemessene Maßnahmen für Behinderte nur deshalb nicht ergriffen werden, weil sie die Beklagte unverhältnismäßig belasten würden. Die hier vorzunehmende Interessenabwägung führe zu dem Ergebnis, dass zumutbare Fördermaßnahmen im Fall der Klägerin nicht mehr vorhanden seien, weil die Klägerin nicht mehr im Rahmen ihrer vertragsgemäßen Tätigkeit beschäftigt werden könne. Die geltend gemachten Kündigungsgründe seien verwirklicht, weil bei der Klägerin überdurchschnittlich hohe Krankenstände vorliegen und eine ungünstige Zukunftsprognose bestehe. Auch dem Eventualbegehren auf Feststellung des aufrechten Fortbestehens des Dienstverhältnisses komme daher keine Berechtigung zu. Das Erstgericht wies das Klagebegehren und die Eventualbegehren ab. Bei der Klägerin liege spätestens seit dem Unfall vom 20. 6. 2010 eine Behinderung gemäß Paragraph 4 a, Absatz eins a, VBO 1995 vor. Gemäß Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 liege aber keine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung vor, wenn erforderliche und iSd Artikel 5, der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines

allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (in weiterer Folge: RL 2000/78) zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf zu treffende angemessene Maßnahmen für Behinderte nur deshalb nicht ergriffen werden, weil sie die Beklagte unverhältnismäßig belasten würden. Die hier vorzunehmende Interessenabwägung führe zu dem Ergebnis, dass zumutbare Fördermaßnahmen im Fall der Klägerin nicht mehr vorhanden seien, weil die Klägerin nicht mehr im Rahmen ihrer vertragsgemäßen Tätigkeit beschäftigt werden könne. Die geltend gemachten Kündigungsgründe seien verwirklicht, weil bei der Klägerin überdurchschnittlich hohe Krankenstände vorliegen und eine ungünstige Zukunftsprognose bestehe. Auch dem Eventualbegehren auf Feststellung des aufrechten Fortbestehens des Dienstverhältnisses komme daher keine Berechtigung zu.

Das Berufungsgericht gab der von der Klägerin gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Nach ständiger Rechtsprechung sei die Kündigung gemäß § 42 Abs 2 Z 2 VBO 1995 bei gehäuften Krankenständen dann berechtigt, wenn eine Prognose ergebe, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft überhöhte Krankenstände zu erwarten seien. Dies sei bei der Klägerin der Fall. Der Beklagten sei auch nicht zumutbar, die Klägerin weiter zu beschäftigen, weil sie ihre vertraglich vereinbarte Tätigkeit als Pflegehelferin aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr ausüben könne, sondern nur mehr Teiltätigkeiten, die jedoch nur einen sehr geringen Teil der Aufgaben und der Arbeitszeit einer Pflegehelferin beanspruchen. Eine Diskriminierung der Klägerin bei der Beendigung des Dienstverhältnisses liege nicht vor, weil die Beklagte nach dem festgestellten Sachverhalt zum Zeitpunkt der Kündigung keine Kenntnis davon hatte, dass bei der Klägerin ein Grad der Behinderung von 30 % festgestellt war. Die Kündigung der Klägerin sei wegen ihrer Krankenstände, nicht aber wegen der Behinderung der Klägerin erfolgt. Das Berufungsgericht gab der von der Klägerin gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Nach ständiger Rechtsprechung sei die Kündigung gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 2, VBO 1995 bei gehäuften Krankenständen dann berechtigt, wenn eine Prognose ergebe, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft überhöhte Krankenstände zu erwarten seien. Dies sei bei der Klägerin der Fall. Der Beklagten sei auch nicht zumutbar, die Klägerin weiter zu beschäftigen, weil sie ihre vertraglich vereinbarte Tätigkeit als Pflegehelferin aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr ausüben könne, sondern nur mehr Teiltätigkeiten, die jedoch nur einen sehr geringen Teil der Aufgaben und der Arbeitszeit einer Pflegehelferin beanspruchen. Eine Diskriminierung der Klägerin bei der Beendigung des Dienstverhältnisses liege nicht vor, weil die Beklagte nach dem festgestellten Sachverhalt zum Zeitpunkt der Kündigung keine Kenntnis davon hatte, dass bei der Klägerin ein Grad der Behinderung von 30 % festgestellt war. Die Kündigung der Klägerin sei wegen ihrer Krankenstände, nicht aber wegen der Behinderung der Klägerin erfolgt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil das Vorliegen eines Kündigungsgrundes nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin mit dem Antrag, dem Klagebegehren stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung die Zurück-, hilfsweise die Abweisung der Revision.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil zu den hier zu beurteilenden Rechtsfragen noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliegt; sie ist jedoch nicht berechtigt.

Vorzustellen ist, dass im Fall der Kündigung eines Dienstverhältnisses Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung grundsätzlich unzulässig sind; wohl aber kann auf Feststellung des Fortbestands eines Dienstverhältnisses geklagt werden (vgl. RIS-Justiz RS0039036; RS0039019 [T12]). Das Erstgericht hat aber das auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung gerichtete erste Eventualbegehren der Klägerin ohnedies im Zusammenhalt mit ihrem zweiten Eventualfeststellungsbegehren als einheitliches, zulässigerweise auf Feststellung des Fortbestands des Dienstverhältnisses gerichtetes Klagebegehren gedeutet, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. Vorzustellen ist, dass im Fall der Kündigung eines Dienstverhältnisses Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung grundsätzlich unzulässig sind; wohl aber kann auf Feststellung des Fortbestands eines Dienstverhältnisses geklagt werden vergleiche RIS-Justiz RS0039036; RS0039019 [T12]). Das Erstgericht hat aber das auf

Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung gerichtete erste Eventualbegehren der Klägerin ohnedies im Zusammenhalt mit ihrem zweiten Eventualfeststellungsbegehren als einheitliches, zulässigerweise auf Feststellung des Fortbestands des Dienstverhältnisses gerichtetes Klagebegehren gedeutet, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist.

1.1 Gemäß § 42 Abs 2 Z 2 VBO 1995 ist die Beklagte zur Kündigung eines Vertragsbediensteten dann berechtigt, wenn dieser für die Erfüllung seiner Dienstpflichten gesundheitlich ungeeignet ist. Zutreffend haben die Vorinstanzen ausgeführt, dass die bei der Klägerin aus der steigenden Zahl der Krankheitstage ableitbare ungünstige Prognose und die Tatsache, dass weit überdurchschnittliche Krankenstände durch einen langen Zeitraum nahezu regelmäßig aufgetreten sind, nach der Rechtsprechung die Kündigung aus dem Grund des § 42 Abs 2 Z 2 VBO 1995 rechtfertigen können (RIS-Justiz RS0081880, zuletzt 9 ObA 133/13v). 1.1 Gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 2, VBO 1995 ist die Beklagte zur Kündigung eines Vertragsbediensteten dann berechtigt, wenn dieser für die Erfüllung seiner Dienstpflichten gesundheitlich ungeeignet ist. Zutreffend haben die Vorinstanzen ausgeführt, dass die bei der Klägerin aus der steigenden Zahl der Krankheitstage ableitbare ungünstige Prognose und die Tatsache, dass weit überdurchschnittliche Krankenstände durch einen langen Zeitraum nahezu regelmäßig aufgetreten sind, nach der Rechtsprechung die Kündigung aus dem Grund des Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 2, VBO 1995 rechtfertigen können (RIS-Justiz RS0081880, zuletzt 9 ObA 133/13v).

1.2 Ebenso zutreffend hat bereits das Erstgericht darauf hingewiesen, dass eine Person, die von ihrem Arbeitgeber ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden ist, nach der Rechtsprechung des EuGH nicht von dem durch die RL 2000/78 zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen einer Behinderung geschaffenen allgemeinen Rahmen erfasst wird. Krankheit als solche kann nämlich nicht als ein weiterer Grund neben den Gründen angesehen werden, derentwegen Personen zu diskriminieren nach der RL 2000/78 verboten ist (EuGH C-13/05, Chacón Navas, Rn 47; C-335, 337/11, Ring und Werge, Rn 42, 73).

1.3 Die Klägerin macht auch in der Revision geltend, dass insbesondere der letzte, auf den Fahrradunfall vom 20. 6. 2010 folgende Krankenstand ausschließlich durch eine bei diesem Unfall entstandene Behinderung (Bewegungseinschränkung nach doppeltem Knöchelbruch am Fuß) verursacht worden sei, wobei aber die schon vorher bestehenden Beeinträchtigungen zu einem verzögerten Heilungsverlauf geführt hätten. Die Kündigung sei wegen dieser Behinderung und ihrer Folgeerscheinungen ausgesprochen worden. Sie sei daher mittelbar diskriminierend. Die Beklagte habe keine ausreichenden Abhilfemaßnahmen iSd § 4b Abs 3 VBO 1995 vorgenommen. 1.3 Die Klägerin macht auch in der Revision geltend, dass insbesondere der letzte, auf den Fahrradunfall vom 20. 6. 2010 folgende Krankenstand ausschließlich durch eine bei diesem Unfall entstandene Behinderung (Bewegungseinschränkung nach doppeltem Knöchelbruch am Fuß) verursacht worden sei, wobei aber die schon vorher bestehenden Beeinträchtigungen zu einem verzögerten Heilungsverlauf geführt hätten. Die Kündigung sei wegen dieser Behinderung und ihrer Folgeerscheinungen ausgesprochen worden. Sie sei daher mittelbar diskriminierend. Die Beklagte habe keine ausreichenden Abhilfemaßnahmen iSd Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 vorgenommen.

Diesen Ausführungen kommt im konkreten Fall unter Berücksichtigung der schon zitierten Entscheidung des EuGH Ring und Werge nur teilweise Berechtigung zu.

2.1 Die hier maßgeblichen Antidiskriminierungs-bestimmungen der VBO 1995 lauten auszugsweise:

„Diskriminierungsverbot

§ 4a (1) Dem Vertragsbediensteten ist es im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit verboten, andere aus Gründen der ethnischen Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung zu diskriminieren. Insbesondere darf im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis oder Lehrverhältnis zur Stadt Wien niemand von einem Vertragsbediensteten unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, vor allem nicht Paragraph 4 a, (1) Dem Vertragsbediensteten ist es im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit verboten, andere aus Gründen der ethnischen Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung zu diskriminieren. Insbesondere darf im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis oder Lehrverhältnis zur Stadt Wien niemand von einem Vertragsbediensteten unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, vor allem nicht

1. [...]

7. bei der Beendigung des Dienstverhältnisses oder Lehrverhältnisses.

(1a) Behinderung im Sinn des Abs 1 erster Satz ist jede Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.(1a) Behinderung im Sinn des Absatz eins, erster Satz ist jede Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.

(2) [...]

(2a) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine ihrem Inhalt nach neutrale Regelung, ein solches Beurteilungskriterium oder eine solche Maßnahme Angehörige einer bestimmten ethnischen Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung bzw. Personen mit einer Behinderung, in einem bestimmten Alter oder mit einer bestimmten sexuellen Orientierung gegenüber Personen, auf die diese Merkmale nicht zutreffen, in besonderer Weise benachteiligt oder benachteiligen kann, es sei denn, die Regelung, das Beurteilungskriterium oder die Maßnahme ist durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich. Gleiches gilt für Merkmale gestalteter Lebensbereiche in Bezug auf Personen mit einer Behinderung.

[...]

§ 4b (1) Eine Diskriminierung im Sinn des § 4a Abs 1 liegt nicht vor, wennParagraph 4 b, (1) Eine Diskriminierung im Sinn des Paragraph 4 a, Absatz eins, liegt nicht vor, wenn

1. [...]

3. die unterschiedliche Behandlung auf Grund des Alters oder einer Behinderung durch ein rechtmäßiges Ziel (Abs 2 oder 3) gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.3. die unterschiedliche Behandlung auf Grund des Alters oder einer Behinderung durch ein rechtmäßiges Ziel (Absatz 2, oder 3) gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.

(2) [...]

(3) Eine Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Behinderung liegt insbesondere nicht vor, wenn erforderliche und im Sinn des Art 5 der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI Nr L 303 vom 2. Dezember 2000 S 16, zu treffende angemessene Maßnahmen für Behinderte ergriffen werden oder nur deshalb nicht ergriffen werden, weil sie die Gemeinde Wien unverhältnismäßig belasten würden. Im letztgenannten Fall ist durch zumutbare Maßnahmen soweit als möglich zumindest eine maßgebliche Verbesserung der Situation der Behinderten im Sinn einer größtmöglichen Annäherung an eine Gleichbehandlung zu bewirken. Zumutbare Maßnahmen wurden jedenfalls getroffen, wenn Maßnahmen für Behinderte nach den jeweils für sie geltenden Bestimmungen des Wiener Bedienstetenschutzgesetzes 1998, LGBl für Wien Nr 49, oder des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl Nr 450/1994, ergriffen worden sind.(3) Eine Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Behinderung liegt insbesondere nicht vor, wenn erforderliche und im Sinn des Artikel 5, der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Amtsblatt , Nr L 303 vom 2. Dezember 2000 S 16, zu treffende angemessene Maßnahmen für Behinderte ergriffen werden oder nur deshalb nicht ergriffen werden, weil sie die Gemeinde Wien unverhältnismäßig belasten würden. Im letztgenannten Fall ist durch zumutbare Maßnahmen soweit als möglich zumindest eine maßgebliche Verbesserung der Situation der Behinderten im Sinn einer größtmöglichen Annäherung an eine Gleichbehandlung zu bewirken. Zumutbare Maßnahmen wurden jedenfalls getroffen, wenn Maßnahmen für Behinderte nach den jeweils für sie geltenden Bestimmungen des Wiener Bedienstetenschutzgesetzes 1998, Landesgesetzblatt , für Wien Nr 49, oder des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr 450 aus 1994,, ergriffen worden sind.

[...]

Beendigung des Dienstverhältnisses

§ 54d (1) Ist das Dienstverhältnis eines Vertragsbediensteten infolge einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes im Sinn des § 4a Abs 1 zweiter Satz Z 7 dieses Gesetzes [...] gekündigt [...] worden, ist die Kündigung (§ 41 Abs 2 letzter Satz), [...] auf Grund einer Klage des betroffenen Vertragsbediensteten für rechtsunwirksam zu erklären.Paragraph 54

d, (1) Ist das Dienstverhältnis eines Vertragsbediensteten infolge einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes im Sinn des Paragraph 4 a, Absatz eins, zweiter Satz Ziffer 7, dieses Gesetzes [...] gekündigt [...] worden, ist die Kündigung (Paragraph 41, Absatz 2, letzter Satz), [...] auf Grund einer Klage des betroffenen Vertragsbediensteten für rechtsunwirksam zu erklären.

(2) [...]

Besondere Verfahrensbestimmungen

§ 54i (1) Für das gerichtliche Verfahren (§ 54h Abs 1) gilt, dass der Kläger die Tatsachen glaubhaft zu machen hat, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen. Dem Beklagten obliegt es zu beweisen, dass keine Verletzung des Diskriminierungsverbotes vorgelegen hat. [...]“Paragraph 54 i, (1) Für das gerichtliche Verfahren (Paragraph 54 h, Absatz eins,) gilt, dass der Kläger die Tatsachen glaubhaft zu machen hat, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen. Dem Beklagten obliegt es zu beweisen, dass keine Verletzung des Diskriminierungsverbotes vorgelegen hat. [...]“

2.2 Die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass bei der Klägerin spätestens seit ihrem Fahrradunfall vom 20. 6. 2010 eine Behinderung vorlag (Beweglich-keitseinschränkungen rechtes Sprunggelenk nach doppeltem Knöchelbruch), entspricht § 4a Abs 1a VBO 1995 und wird von der Beklagten nicht in Frage gestellt. Zwischen den Parteien ist auch nicht strittig, dass der mit diesem Tag beginnende und bis zur Kündigung der Klägerin vom 6. 6. 2011 zum 30. 9. 2011 ununterbrochen über ein Jahr andauernde letzte Krankenstand eine Folge der bei diesem Unfall erlittenen Verletzungen ist und daher im Zusammenhang mit der dadurch erlittenen Behinderung der Klägerin steht (EuGH C-335, 337/11, Rn 75). Entgegen dem Vorbringen der Beklagten, dass die Kündigung der Klägerin ausschließlich wegen der bereits vor dem Kalenderjahr 2010 liegenden überdurchschnittlichen Krankenstände erfolgt sei, ergibt sich schon aus dem Schreiben der Pflegedienstleitung vom 18. 4. 2011, dass auch der laufende Krankenstand seit 20. 6. 2010 zur Begründung des Vorschlags, das Dienstverhältnis der Klägerin zu kündigen, herangezogen wurde. Es ist daher zu prüfen, ob die Kündigung der Klägerin gegen das Diskriminierungsverbot des § 4a Abs 1 Z 7 VBO 1995 verstieß.2.2 Die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass bei der Klägerin spätestens seit ihrem Fahrradunfall vom 20. 6. 2010 eine Behinderung vorlag (Beweglich-keitseinschränkungen rechtes Sprunggelenk nach doppeltem Knöchelbruch), entspricht Paragraph 4 a, Absatz eins a, VBO 1995 und wird von der Beklagten nicht in Frage gestellt. Zwischen den Parteien ist auch nicht strittig, dass der mit diesem Tag beginnende und bis zur Kündigung der Klägerin vom 6. 6. 2011 zum 30. 9. 2011 ununterbrochen über ein Jahr andauernde letzte Krankenstand eine Folge der bei diesem Unfall erlittenen Verletzungen ist und daher im Zusammenhang mit der dadurch erlittenen Behinderung der Klägerin steht (EuGH C-335, 337/11, Rn 75). Entgegen dem Vorbringen der Beklagten, dass die Kündigung der Klägerin ausschließlich wegen der bereits vor dem Kalenderjahr 2010 liegenden überdurchschnittlichen Krankenstände erfolgt sei, ergibt sich schon aus dem Schreiben der Pflegedienstleitung vom 18. 4. 2011, dass auch der laufende Krankenstand seit 20. 6. 2010 zur Begründung des Vorschlags, das Dienstverhältnis der Klägerin zu kündigen, herangezogen wurde. Es ist daher zu prüfen, ob die Kündigung der Klägerin gegen das Diskriminierungsverbot des Paragraph 4 a, Absatz eins, Ziffer 7, VBO 1995 verstieß.

3.1 Die Klägerin beruft sich in der Revision nur mehr auf eine durch die Kündigung bewirkte mittelbare Diskriminierung iSd § 4a Abs 2a VBO 1995. Der EuGH hat in der Entscheidung Ring und Werge zwar daran festgehalten, dass die Begriffe der „Krankheit“ und der „Behinderung“ vor dem Hintergrund der RL 2000/78 nicht schlicht und einfach gleichzusetzen sind. Läuft eine undifferenzierte Berechnung krankheitsbedingter Fehlzeiten eines Arbeitnehmers darauf hinaus, dass Fehlzeiten wegen mit einer Behinderung im Zusammenhang stehenden Krankheit Zeiten allgemeiner „schlichter“ Krankheiten gleichgesetzt werden, so kann dies eine mittelbare Diskriminierung eines Arbeitnehmers bewirken. Ein behinderter Arbeitnehmer hat aufgrund seiner Behinderung typischerweise ein zusätzliches Risiko von mit seiner Krankheit zusammenhängenden Krankenständen und ist auf diese Weise einem höheren Risiko im Zusammenhang mit der Beendigung seines Dienstverhältnisses ausgesetzt, als ein nicht behinderter (EuGH C-335, 337 Rn 75, 76; S. Mayer, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013, 430 [432]). Diese Grundsätze sind auch im vorliegenden Fall, in dem die Kündigung der Klägerin jedenfalls auch wegen eines im Zusammenhang mit einer Behinderung stehenden monatelangen Krankenstands erfolgt ist, zu beachten.3.1 Die Klägerin beruft sich in der Revision nur mehr auf eine durch die Kündigung bewirkte mittelbare Diskriminierung iSd Paragraph 4 a, Absatz 2 a, VBO 1995. Der EuGH hat in der Entscheidung Ring und Werge zwar

daran festgehalten, dass die Begriffe der „Krankheit“ und der „Behinderung“ vor dem Hintergrund der RL 2000/78 nicht schlicht und einfach gleichzusetzen sind. Läuft eine undifferenzierte Berechnung krankheitsbedingter Fehlzeiten eines Arbeitnehmers darauf hinaus, dass Fehlzeiten wegen mit einer Behinderung im Zusammenhang stehenden Krankheit Zeiten allgemeiner „schlichter“ Krankheiten gleichgesetzt werden, so kann dies eine mittelbare Diskriminierung eines Arbeitnehmers bewirken. Ein behinderter Arbeitnehmer hat aufgrund seiner Behinderung typischerweise ein zusätzliches Risiko von mit seiner Krankheit zusammenhängenden Krankenständen und ist auf diese Weise einem höheren Risiko im Zusammenhang mit der Beendigung seines Dienstverhältnisses ausgesetzt, als ein nicht behinderter (EuGH C-335, 337 Rn 75, 76; S. Mayer, Entlassung von Menschen mit Behinderungen als unzulässige Diskriminierung?, wbl 2013, 430 [432]). Diese Grundsätze sind auch im vorliegenden Fall, in dem die Kündigung der Klägerin jedenfalls auch wegen eines im Zusammenhang mit einer Behinderung stehenden monatelangen Krankenstands erfolgt ist, zu beachten.

3.2 Die gesetzliche Regelung der mittelbaren Diskriminierung in § 4a Abs 2a VBO 1995 ist vor dem Hintergrund der Regelung des Art 2 Abs 2 lit b RL 2000/78 zu lesen, die sie umsetzt. Die Beklagte beruft sich zur Begründung der Kündigung der Klägerin darauf, dass die geltend gemachten Kündigungsgründe nach allgemeinen, von der Rechtsprechung vorgegebenen objektiven Kriterien auch im konkreten Fall verwirklicht seien. Sie beruft sich damit auf ihrem Inhalt nach neutrale Beurteilungskriterien iSd § 4a Abs 2a VBO 1995.3.2 Die gesetzliche Regelung der mittelbaren Diskriminierung in Paragraph 4 a, Absatz 2 a, VBO 1995 ist vor dem Hintergrund der Regelung des Artikel 2, Absatz 2, Litera b, RL 2000/78 zu lesen, die sie umsetzt. Die Beklagte beruft sich zur Begründung der Kündigung der Klägerin darauf, dass die geltend gemachten Kündigungsgründe nach allgemeinen, von der Rechtsprechung vorgegebenen objektiven Kriterien auch im konkreten Fall verwirklicht seien. Sie beruft sich damit auf ihrem Inhalt nach neutrale Beurteilungskriterien iSd Paragraph 4 a, Absatz 2 a, VBO 1995.

3.3 Gemäß § 4a Abs 2a VBO 1995 liegt eine mittelbare Diskriminierung ua dann nicht vor, wenn das Beurteilungskriterium oder die Maßnahme sachlich gerechtfertigt sind (vgl Art 2 Abs 2 lit b sublit i RL 2000/78; § 7c BEinstG; S. Mayer aaO wbl 2013, 432), was durch das nationale Gericht zu beurteilen ist (EuGH C-335, 337 Rn 90).3.3 Gemäß Paragraph 4 a, Absatz 2 a, VBO 1995 liegt eine mittelbare Diskriminierung ua dann nicht vor, wenn das Beurteilungskriterium oder die Maßnahme sachlich gerechtfertigt sind vergleiche Artikel 2, Absatz 2, Litera b, sublit i RL 2000/78; Paragraph 7 c, BEinstG; S. Mayer aaO wbl 2013, 432), was durch das nationale Gericht zu beurteilen ist (EuGH C-335, 337 Rn 90).

3.4 Die Beklagte bringt auch in der Revisionsbeantwortung vor, sie habe gar keine Kenntnis von der Behinderung der Klägerin gehabt, sodass schon daher keine Diskriminierung vorliegen könne. Eine unmittelbare Diskriminierung macht die Klägerin im Revisionsverfahren aber nicht mehr geltend. Es liegt im Wesen einer mittelbaren Diskriminierung, dass scheinbar neutrale Vorschriften, Beurteilungskriterien oder Maßnahmen zur Folge haben, dass Personen mit einer Behinderung gegenüber solchen ohne Behinderung in besonderer Weise benachteiligt werden oder dazu objektiv die abstrakte Möglichkeit besteht, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung vorliegt (vgl dazu S. Mayer, Behinderung und Arbeitsrecht 203). Entscheidend ist also nur die Maßgeblichkeit dieser scheinbar „neutralen“ Kriterien. Aber nicht, ob sich der Entscheidungsträger der typischen Verknüpfung mit dem verpönten Kriterium bewusst ist. Der Umstand, dass die Beklagte nicht in Kenntnis über die bei der Klägerin bestehende Behinderung gewesen sein mag, schließt daher die Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung iSd § 4a Abs 2a VBO 1995 nicht schon an sich aus.3.4 Die Beklagte bringt auch in der Revisionsbeantwortung vor, sie habe gar keine Kenntnis von der Behinderung der Klägerin gehabt, sodass schon daher keine Diskriminierung vorliegen könne. Eine unmittelbare Diskriminierung macht die Klägerin im Revisionsverfahren aber nicht mehr geltend. Es liegt im Wesen einer mittelbaren Diskriminierung, dass scheinbar neutrale Vorschriften, Beurteilungskriterien oder Maßnahmen zur Folge haben, dass Personen mit einer Behinderung gegenüber solchen ohne Behinderung in besonderer Weise benachteiligt werden oder dazu objektiv die abstrakte Möglichkeit besteht, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung vorliegt vergleiche dazu S. Mayer, Behinderung und Arbeitsrecht 203). Entscheidend ist also nur die Maßgeblichkeit dieser scheinbar „neutralen“ Kriterien. Aber nicht, ob sich der Entscheidungsträger der typischen Verknüpfung mit dem verpönten Kriterium bewusst ist. Der Umstand, dass die Beklagte nicht in Kenntnis über die bei der Klägerin bestehende Behinderung gewesen sein mag, schließt daher die Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung iSd Paragraph 4 a, Absatz 2 a, VBO 1995 nicht schon an sich aus.

4.1 Der sich aus Art 2 Abs 2 lit b sublit i RL 2000/78 ergebende Grundsatz, dass eine mittelbare Diskriminierung dann nicht vorliegt, wenn das Kriterium durch rechtmäßige Ziele sachlich gerechtfertigt sein kann und die Mittel zur

Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind, findet auch in § 4b Abs 1 Z 3 VBO 1995 seinen Niederschlag. Auf die Rechtfertigungsmöglichkeit durch ein besonderes Ziel hat sich die Beklagte jedoch ohnehin nicht berufen. 4.1 Der sich aus Artikel 2, Absatz 2, Litera b, sublit i RL 2000/78 ergebende Grundsatz, dass eine mittelbare Diskriminierung dann nicht vorliegt, wenn das Kriterium durch rechtmäßige Ziele sachlich gerechtfertigt sein kann und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind, findet auch in Paragraph 4 b, Absatz eins, Ziffer 3, VBO 1995 seinen Niederschlag. Auf die Rechtfertigungsmöglichkeit durch ein besonderes Ziel hat sich die Beklagte jedoch ohnehin nicht berufen.

4.2 Die Beklagte hat sich vielmehr bereits im Verfahren erster Instanz darauf berufen, dass eine Diskriminierung der Klägerin im Zusammenhang mit ihrer Behinderung wegen der Erfüllung der Voraussetzungen des § 4b Abs 3 VBO 1995 nicht vorliege. Danach liegt eine Diskriminierung insbesondere dann nicht vor, wenn entweder erforderliche und - iSd Art 5 RL 2000/78 - angemessene Maßnahmen für Behinderte ergriffen werden, oder solche Maßnahmen nur deshalb nicht ergriffen wurden, weil sie die Beklagte unverhältnismäßig belasten würden. Die Beklagte hat zwar nicht behauptet, angemessene Maßnahmen im Sinn dieser Bestimmung für die Klägerin ergriffen zu haben. Ausgehend von ihrem Vorbringen ist aber - worauf auch bereits das Erstgericht eingegangen ist - zu prüfen, ob die Beklagte erforderliche und angemessene Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung der Klägerin nur deshalb nicht ergriffen hat, weil sie gar nicht möglich sind bzw die Beklagte unverhältnismäßig belasten würden. Dafür trifft gemäß § 54i Abs 1 Satz 2 VBO 1995 die Beklagte die Beweispflicht. 4.2 Die Beklagte hat sich vielmehr bereits im Verfahren erster Instanz darauf berufen, dass eine Diskriminierung der Klägerin im Zusammenhang mit ihrer Behinderung wegen der Erfüllung der Voraussetzungen des Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 nicht vorliege. Danach liegt eine Diskriminierung insbesondere dann nicht vor, wenn entweder erforderliche und - iSd Artikel 5, RL 2000/78 - angemessene Maßnahmen für Behinderte ergriffen werden, oder solche Maßnahmen nur deshalb nicht ergriffen wurden, weil sie die Beklagte unverhältnismäßig belasten würden. Die Beklagte hat zwar nicht behauptet, angemessene Maßnahmen im Sinn dieser Bestimmung für die Klägerin ergriffen zu haben. Ausgehend von ihrem Vorbringen ist aber - worauf auch bereits das Erstgericht eingegangen ist - zu prüfen, ob die Beklagte erforderliche und angemessene Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung der Klägerin nur deshalb nicht ergriffen hat, weil sie gar nicht möglich sind bzw die Beklagte unverhältnismäßig belasten würden. Dafür trifft gemäß Paragraph 54 i, Absatz eins, Satz 2 VBO 1995 die Beklagte die Beweispflicht.

4.3 Der Begriff der „angemessenen Maßnahmen“ wird in § 4b Abs 3 VBO 1995 nicht näher umschrieben. In der Entscheidung Ring und Werge hat auch der EuGH ausgeführt (C-335, 337/11 Rn 48 ff), dass weder Art 5 RL 2000/78 noch der 20. Erwägungsgrund der Richtlinie eine nähere Umschreibung dieses Begriffs enthalten. Der Begriff der „angemessenen Maßnahmen“ sei aber jedenfalls weit auszulegen und nicht abschließend geregelt. Vorkehrungen, auf die Menschen mit Behinderungen Anspruch haben, müssten angemessen sein, sie dürften daher den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten (Art 5 RL 2000/78, 21. Erwägungsgrund). Keine „angemessene Maßnahmen“ in diesem Sinn seien nach dem 17. Erwägungsgrund der RL 2000/78 die Einstellung, der berufliche Aufstieg oder die Weiterbeschäftigung einer Person, wenn diese für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist. Ob eine Vorkehrungsmaßnahme iSd Art 5 RL 2000/78 in diesem Sinn angemessen sei, sei durch das nationale Gericht zu prüfen (zu einer Arbeitszeitverkürzung EuGH C-335, 337/11 Rn 59; für eine weite Auslegung des Begriffs tritt auch Hießl, Anm zu EuGH C-335, 337/11, ZESAR 2013, 415 [424], ein). 4.3 Der Begriff der „angemessenen Maßnahmen“ wird in Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 nicht näher umschrieben. In der Entscheidung Ring und Werge hat auch der EuGH ausgeführt (C-335, 337/11 Rn 48 ff), dass weder Artikel 5, RL 2000/78 noch der 20. Erwägungsgrund der Richtlinie eine nähere Umschreibung dieses Begriffs enthalten. Der Begriff der „angemessenen Maßnahmen“ sei aber jedenfalls weit auszulegen und nicht abschließend geregelt. Vorkehrungen, auf die Menschen mit Behinderungen Anspruch haben, müssten angemessen sein, sie dürften daher den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten (Artikel 5, RL 2000/78, 21. Erwägungsgrund). Keine „angemessene Maßnahmen“ in diesem Sinn seien nach dem 17. Erwägungsgrund der RL 2000/78 die Einstellung, der berufliche Aufstieg oder die Weiterbeschäftigung einer Person, wenn diese für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist. Ob eine Vorkehrungsmaßnahme iSd Artikel 5, RL 2000/78 in diesem Sinn angemessen sei, sei durch das nationale Gericht zu prüfen (zu einer Arbeitszeitverkürzung EuGH C-335, 337/11 Rn 59; für eine weite Auslegung des Begriffs tritt auch Hießl, Anmerkung zu EuGH C-335, 337/11, ZESAR 2013, 415 [424], ein).

4.4 Der von der Beklagten schon in erster Instanz erhobene Einwand, § 4b Abs 3 VBO 1995 könne schon deshalb hier

nicht zur Anwendung kommen, weil sich diese Bestimmung nur auf allgemeine Maßnahmen der Beklagten, nicht aber auf Schutzmaßnahmen im Einzelfall abstelle, ist nicht berechtigt. Dies ergibt sich schon aus den Ausführungen des EuGH in der Entscheidung Ring und Werge zu Art 5 RL 2000/78, an welcher Bestimmung sich die Auslegung des § 4b Abs 3 VBO 1995 zu orientieren hat. 4.4 Der von der Beklagten schon in erster Instanz erhobene Einwand, Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 könne schon deshalb hier nicht zur Anwendung kommen, weil sich diese Bestimmung nur auf allgemeine Maßnahmen der Beklagten, nicht aber auf Schutzmaßnahmen im Einzelfall abstelle, ist nicht berechtigt. Dies ergibt sich schon aus den Ausführungen des EuGH in der Entscheidung Ring und Werge zu Artikel 5, RL 2000/78, an welcher Bestimmung sich die Auslegung des Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 zu orientieren hat.

5.1 Die Klägerin macht in ihrer Revision in diesem Zusammenhang im Wesentlichen geltend, dass sie noch in der Lage sei, im Bürobereich, als Portierin, oder in einem Callcenter im Bereich der Beklagten tätig zu sein, sie sei auch in der Lage, allgemeine Sekretariatstätigkeiten oder administrative Tätigkeiten auszuüben. Der Beklagten sei es möglich, sie in einem dieser Bereiche zu beschäftigen. Diese Überlegungen sind jedoch letztlich nicht zielführend.

5.2 Der hier für die Auslegung des § 4b Abs 3 VBO 1995 maßgebende Art 5 RL 2000/78 lautet 5.2 Der hier für die Auslegung des Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 maßgebende Artikel 5, RL 2000/78 lautet:

„Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung

Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird.“

5.3 Die Behauptung der Beklagten, dass die Klägerin in der dienstvertraglich vereinbarten Tätigkeit als Pflegehelferin (oder einer verwertbaren Teiltätigkeit) nicht mehr für sie arbeiten könne, trifft nach den Verfahrensergebnissen zu. Danach ist die Klägerin nämlich nicht nur an ihrem bisherigen Arbeitsplatz, sondern generell als Pflegehelferin für die Beklagte nicht mehr einsetzbar. Die Klägerin ist nur mehr in der Lage, einen kleinen Ausschnitt der vertraglich vereinbarten Tätigkeit auszuüben (Patientenanimation). Die Beklagte verfügt jedoch über keine Arbeitsplätze, die sich nur diesem Ausschnitt widmen würden. Der rechtlichen Beurteilung der Vorinstanzen, dass die Klägerin auch bei zumutbarem Entgegenkommen der Beklagten in diesem Teilbereich daher nicht mehr einsetzbar ist, tritt sie in der Revision auch nicht entgegen. Damit fehlt es an einer für die Beklagte zumutbaren Möglichkeit, der Klägerin im Rahmen der mit ihr dienstvertraglich vereinbarten Arbeitstätigkeit eine Arbeit zuzuweisen, die nicht das verbliebene Leistungskalkül der Klägerin überschreitet.

5.4 Ausgehend von einem weiten Verständnis des Begriffs der vom Arbeitgeber zu treffenden „angemessenen Maßnahmen“, stellt sich im konkreten Fall die - durch das nationale Gericht zu prüfende - Frage, ob die Beklagte allenfalls verpflichtet ist, der Klägerin eine andere Beschäftigung außerhalb des mit ihr dienstvertraglich vereinbarten Rahmens als Pflegehelferin an einem anderen Arbeitsplatz zu verschaffen. Weder in der VBO 1995 noch in der RL 2000/78 ist eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers ausdrücklich vorgesehen.

5.5 Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Entlassungsgrund der dauernden Dienstunfähigkeit iSd § 27 Z 2 AngG bzw der Arbeitsunfähigkeit iSd § 82 lit b GewO 1859 ist der Arbeitgeber - um so mehr, je länger das Dienstverhältnis bereits dauert - verpflichtet, dem nur mehr beschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer nach Möglichkeit Arbeiten zuzuweisen, zu deren Verrichtung er auch weiterhin in der Lage ist. Allerdings kommen nur solche Verweisungstätigkeiten in Betracht, die auch dem Arbeitgeber vernünftigerweise zumutbar sind. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, seinen Betrieb umzuorganisieren, um eine in Betracht kommende Tätigkeit überhaupt erst zu schaffen (RIS-Justiz RS0116675; zuletzt 9 ObA 127/12k). 5.5 Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Entlassungsgrund der dauernden Dienstunfähigkeit iSd Paragraph 27, Ziffer 2, AngG bzw der Arbeitsunfähigkeit iSd Paragraph 82, Litera b, GewO 1859 ist der Arbeitgeber - um so mehr, je länger das Dienstverhältnis bereits dauert - verpflichtet, dem nur mehr beschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer nach Möglichkeit Arbeiten zuzuweisen, zu deren Verrichtung er auch weiterhin in der Lage ist. Allerdings kommen nur

solche Verweisungstätigkeiten in Betracht, die auch dem Arbeitgeber vernünftigerweise zumutbar sind. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, seinen Betrieb umzuorganisieren, um eine in Betracht kommende Tätigkeit überhaupt erst zu schaffen (RIS-Justiz RS0116675; zuletzt 9 ObA 127/12k).

Der Oberste Gerichtshof hat weiters zu begünstigten Behinderten ausgesprochen, dass zwar nach § 6 Abs 1 BEinstG ergänzend zum allgemeinen Arbeitnehmerschutz eine besondere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers besteht, die ihn insbesondere dazu verhält, dem behinderten Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zuzuweisen, an dem er seine Kenntnisse und Fähigkeiten möglichst voll verwerten und weiter entwickeln kann (RIS-Justiz RS0097388). Dies kann aber nicht so weit gehen, dass der Arbeitgeber verpflichtet wäre, Verweisungsarbeitsplätze durch Kündigung anderer Arbeitnehmer frei zu machen (9 ObA 21/08s). Diese Ansicht hat bereits zuvor auch der Verwaltungsgerichtshof vertreten (VwGH 2007/12/0163), der für den öffentlich-rechtlichen Bereich des Beamtendienstverhältnisses festhielt, dass der Maßstab zur Beurteilung der Frage, ob der Beamte zur Erfüllung der Dienstpflichten noch fähig ist, oder ob Dienstunfähigkeit iSd § 14 BDG vorliegt, der „bisher innegehabte Arbeitsplatz“ ist. Der Oberste Gerichtshof hat weiters zu begünstigten Behinderten ausgesprochen, dass zwar nach Paragraph 6, Absatz eins, BEinstG ergänzend zum allgemeinen Arbeitnehmerschutz eine besondere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers besteht, die ihn insbesondere dazu verhält, dem behinderten Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zuzuweisen, an dem er seine Kenntnisse und Fähigkeiten möglichst voll verwerten und weiter entwickeln kann (RIS-Justiz RS0097388). Dies kann aber nicht so weit gehen, dass der Arbeitgeber verpflichtet wäre, Verweisungsarbeitsplätze durch Kündigung anderer Arbeitnehmer frei zu machen (9 ObA 21/08s). Diese Ansicht hat bereits zuvor auch der Verwaltungsgerichtshof vertreten (VwGH 2007/12/0163), der für den öffentlich-rechtlichen Bereich des Beamtendienstverhältnisses festhielt, dass der Maßstab zur Beurteilung der Frage, ob der Beamte zur Erfüllung der Dienstpflichten noch fähig ist, oder ob Dienstunfähigkeit iSd Paragraph 14, BDG vorliegt, der „bisher innegehabte Arbeitsplatz“ ist.

5.6 Die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, einem durch eine Behinderung eingeschränkten Arbeitnehmer eine Verweisungstätigkeit außerhalb der mit ihm vereinbarten dienstvertraglichen Tätigkeit zuzuweisen, muss vor dem Hintergrund der Wertungen der RL 2000/78 beurteilt werden. Dazu sind insbesondere auch die zur Auslegung des Art 5 RL 2000/78 heranzuziehenden Begründungserwägungen (Heinrich, Die Auslegung von europäischen Richtlinien und Verordnungen, ÖJZ 2011/113, 1068 [1070 ff]) zu beachten. 5.6 Die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, einem durch eine Behinderung eingeschränkten Arbeitnehmer eine Verweisungstätigkeit außerhalb der mit ihm vereinbarten dienstvertraglichen Tätigkeit zuzuweisen, muss vor dem Hintergrund der Wertungen der RL 2000/78 beurteilt werden. Dazu sind insbesondere auch die zur Auslegung des Artikel 5, RL 2000/78 heranzuziehenden Begründungserwägungen (Heinrich, Die Auslegung von europäischen Richtlinien und Verordnungen, ÖJZ 2011/113, 1068 [1070 ff]) zu beachten.

Nach dem 16. Erwägungsgrund der RL 2000/78 spielen vor allem Maßnahmen, die darauf abstellen, den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung am Arbeitsplatz Rechnung zu tragen, eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung (vgl auch § 7c Abs 4 BEinstG, der von einer Beseitigung benachteiligender Barrieren spricht). Auch der 20. Erwägungsgrund der RL 2000/78 spricht davon, dass geeignete, also wirksame und praktikable Maßnahmen vorzusehen sind, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten (zB durch eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten, eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen). Aus beiden Erwägungsgründen ist die Intention der Richtlinie erkennbar, die Gleichbehandlung Behinderter durch entsprechende Veränderungen an ihrem Arbeitsplatz, die vor allem der Herstellung von Barrierefreiheit dienen (Mayr in ZellKomm² § 7c BEinstG Rz 2), zu bewirken. Nach dem 16. Erwägungsgrund der RL 2000/78 spielen vor allem Maßnahmen, die darauf abstellen, den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung am Arbeitsplatz Rechnung zu tragen, eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung (vergleiche auch Paragraph 7 c, Absatz 4, BEinstG, der von einer Beseitigung benachteiligender Barrieren spricht). Auch der 20. Erwägungsgrund der RL 2000/78 spricht davon, dass geeignete, also wirksame und praktikable Maßnahmen vorzusehen sind, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten (zB durch eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten, eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen). Aus beiden Erwägungsgründen ist die Intention der Richtlinie erkennbar, die Gleichbehandlung Behinderter durch entsprechende Veränderungen an ihrem Arbeitsplatz, die vor allem der Herstellung von Barrierefreiheit dienen (Mayr in ZellKomm² Paragraph 7 c, BEinstG Rz 2), zu bewirken.

Darüber hinaus ist der - auch vom EuGH in den genannten Entscheidungen hervorgehobene (EuGH C-335, 337/11

Rn 57; C-13/05 Rn 49) - 17. Erwägungsgrund zur RL 2000/78 zu beachten. Dieser sieht wie bereits ausgeführt vor, dass - unbeschadet der grundsätzlichen Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen - nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben werden, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist (EuGH C-335, 337/11 Rz 57; C-13/05 Rn 49 ff; S. Mayer aaO 432). Es ist nicht das Ziel und entspricht nicht den Wertungen der RL 2000/78, arbeitsunfähige Arbeitnehmer in Arbeitsverhältnissen zu halten (Windisch-Graetz, Begriff der Behinderung und zumutbare Maßnahmen, DRdA 2014/2, 30, [35 f]; Mayr aaO § 6 BEinstG Rz 2; Pacic, Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit Alkoholikern, RdW 2007, 542 [545]). Die RL 2000/78 verlangt nach ihrem 17. Erwägungsgrund nicht die Weiterbeschäftigung einer Person, wenn diese für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht mehr fähig ist. Darüber hinaus ist der - auch vom EuGH in den genannten Entscheidungen hervorgehobene (EuGH C-335, 337/11 Rn 57; C-13/05 Rn 49) - 17. Erwägungsgrund zur RL 2000/78 zu beachten. Dieser sieht wie bereits ausgeführt vor, dass - unbeschadet der grundsätzlichen Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen - nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben werden, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist (EuGH C-335, 337/11 Rz 57; C-13/05 Rn 49 ff; S. Mayer aaO 432). Es ist nicht das Ziel und entspricht nicht den Wertungen der RL 2000/78, arbeitsunfähige Arbeitnehmer in Arbeitsverhältnissen zu halten (Windisch-Graetz, Begriff der Behinderung und zumutbare Maßnahmen, DRdA 2014/2, 30, [35 f]; Mayr aaO Paragraph 6, BEinstG Rz 2; Pacic, Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit Alkoholikern, RdW 2007, 542 [545]). Die RL 2000/78 verlangt nach ihrem 17. Erwägungsgrund nicht die Weiterbeschäftigung einer Person, wenn diese für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht mehr fähig ist.

5.7 Auch bei Anlegung des vom EuGH geforderten weiten Maßstabs des Begriffs einer „Maßnahme“ iSd Art 5 RL 2000/78, ergibt sich aus dieser Bestimmung daher - insbesondere vor dem Hintergrund des 17. Erwägungsgrundes der Richtlinie (arg.: „Weiterbeschäftigung“ ... unter Berücksichtigung der „wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes“) - keine Verpflichtung des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer, der seine dienstvertraglich vereinbarte Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben kann, außerhalb der vertraglich vereinbarten Tätigkeit weiterzubeschäftigen. Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt daher nicht vor. Da für die Klägerin innerhalb der dienstvertraglich vereinbarten Tätigkeit als Pflegehelferin bei der Beklagten keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht und sich aus § 4b Abs 3 VBO 1995 keine Verpflichtung der Beklagten ergibt, die Klägerin außerhalb der vertraglich vereinbarten Tätigkeit - wie beispielsweise in einer der von der Klägerin in der Revision genannten anderen Tätigkeiten - zu beschäftigen, verstieß die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall iSd § 4b Abs 3 Satz 1 zweiter Fall VBO 1995 nicht gegen das Diskriminierungsverbot des § 4a Abs 1 Z 7 VBO 1995. Die Vorinstanzen haben das Anfechtungsbegehren der Klägerin im Ergebnis daher zutreffend abgewiesen.

5.7 Auch bei Anlegung des vom EuGH geforderten weiten Maßstabs des Begriffs einer „Maßnahme“ iSd Artikel 5, RL 2000/78, ergibt sich aus dieser Bestimmung daher - insbesondere vor dem Hintergrund des 17. Erwägungsgrundes der Richtlinie (arg.: „Weiterbeschäftigung“ ... unter Berücksichtigung der „wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes“) - keine Verpflichtung des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer, der seine dienstvertraglich vereinbarte Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben kann, außerhalb der vertraglich vereinbarten Tätigkeit weiterzubeschäftigen. Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt daher nicht vor. Da für die Klägerin innerhalb der dienstvertraglich vereinbarten Tätigkeit als Pflegehelferin bei der Beklagten keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht und sich aus Paragraph 4 b, Absatz 3, VBO 1995 keine Verpflichtung der Beklagten ergibt, die Klägerin außerhalb der vertraglich vereinbarten Tätigkeit - wie beispielsweise in einer der von der Klägerin in der Revision genannten anderen Tätigkeiten - zu beschäftigen, verstieß die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall iSd Paragraph 4 b, Absatz 3, Satz 1 zweiter Fall VBO 1995 nicht gegen das Diskriminierungsverbot des Paragraph 4 a, Absatz eins, Ziffer 7, VBO 1995. Die Vorinstanzen haben das Anfechtungsbegehren der Klägerin im Ergebnis daher zutreffend abgewiesen.

6. Der die Abweisung des Eventualfeststellungsbegehrens tragenden Begründung der Vorinstanzen, dass im vorliegenden Fall der Kündigungsgrund des § 42 Abs 2 Z 2 VBO 1995 verwirklicht sei, hält die Revisionswerberin lediglich entgegen, dass lang dauernde Krankenstände in § 42 Abs 2 VBO 1995 nicht genannt seien. Sie zeigt damit

aber keine Unrichtigkeit der diesbezüglichen rechtlichen Beurteilung der Vorinstanzen auf, auf die gemäß § 510 Abs 3 ZPO verwiesen werden kann.6. Der die Abweisung des Eventualfeststellungsbegehrens tragenden Begründung der Vorinstanzen, dass im vorliegenden Fall der Kündigungsgrund des Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 2, VBO 1995 verwirklicht sei, hält die Revisionswerberin lediglich entgegen, dass lang dauernde Krankenstände in Paragraph 42, Absatz 2, VBO 1995 nicht genannt seien. Sie zeigt damit aber keine Unrichtigkeit der diesbezüglichen rechtlichen Beurteilung der Vorinstanzen auf, auf die gemäß Paragraph 510, Absatz 3, ZPO verwiesen werden kann.

7. Der Revision der Klägerin war daher nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 41, 50, ZPO.

Schlagworte

Arbeitsrecht

Textnummer

E107708

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2014:009OBA00165.13Z.0429.000

Im RIS seit

02.07.2014

Zuletzt aktualisiert am

23.02.2016

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